~~De. IX 53~~

f. c.

9.
205

AUSFÜHRLICHE ENTWICKELUNG

DER

LEHRE

VOM

CONCURSE DER GLÄUBIGER

VON

DR. CHRISTOPH CHRISTIAN DABELOW

ORDENTLICHEM PROFESSOR DER RECHTE
UND BEYSITZER DER JURISTEN-FACULTÄT AUF DER UNIVERSITÄT
ZU HALLE.

HALLE
BEY HEMMERDE UND SCHWETSCHKE
1801.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

VORREDE.

Das Publicum hat das gegenwärtige Buch allein dem wiederhohlten Andringen der Verlagshandlung zu danken, die mich bereits vor vier Jahren zu einer neuen Ausgabe meiner in den Jahren 1792 folg. erſchienenen ſyſtematiſchen Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger aufforderte. Ich für meinen Theil wäre damit zufrieden geweſen, wenn meine Bemühungen um die Lehre vom Concurſe der Gläubiger der Vergeſſenheit wären überlaſſen worden. In dem Alter, in welchem ich gegenwärtig ſtehe, und bey dem täglichen Zuwachſe meiner Kenntniſſe fühle ich nur zu gut, wie ſchwer es iſt, in einer Lehre etwas auch nur erträgliches zu leiſten, in welcher ich in einem jugendlichern Alter groſse Dinge gethan zu haben glaubte, und daſs es beſſer geweſen ſeyn möchte, nie die Bearbeitung derſelben unternommen zu haben.

Konnte ich mich nun aber einmahl ſchon wegen meines Vertrags mit der Verlagshandlung ihrem Begehren nicht entziehen, ſo muſste ich wenigſtens dafür ſorgen, etwas Beſſeres an die Stelle des Schlechtern zu ſetzen. Das Lob, welches meiner vorigen Arbeit in allen gelehrten Blättern zu Theil geworden war, konnte mich nur eine Zeit lang blenden. — Bald ſah ich die groſsen und beträchtlichen Fehler derſelben ein. Ich fand nach reiflicher Ueberlegung meinen ganzen Plan fehlerhaft, und daſs ich nur zu oft, mit Vernachläſſigung der Geſetz-Theorie, willkührlich verfahren war; — ich fand ferner, daſs die einzelnen Theile des Gebäudes nicht mit einander in Harmonie ſtanden, ja, daſs der Grund deſſelben nicht einmahl gehörig geſichert war. Die in jenen Tagen, als ich ſchrieb, herrſchenden Begriffe von bloſs philoſophiſcher Behandlung der Jurisprudenz ohne alle Hinſicht auf die Geſchichte und den Geiſt der verſchiedenen Geſetzgebungen hatten allenthalben nur zu ſehr einen nachtheiligen Einfluſs auf meine Arbeit gehabt. Ich geſtehe dies gern; möchten ſie einen geringern auf die Arbeiten anderer gehabt haben!

Unter den mehrern Planen, die ich mir bey der neuen Bearbeitung der Lehre vom Concurſe machte, ſchien mir nach reiflicher Ueberlegung der der richtigſte zu ſeyn, daſs man von den früheſten Zeiten der Römiſchen Geſetzgebung ausgeht, die Lehre vom Schuldenweſen bis auf Juſtinians Geſetzgebung durchführt, dieſe damit verbindet, und nun auf unſre Verfaſſung und auf unſer heutiges Concurs-Weſen übergeht. Das Römiſche Recht iſt ja die Grundlage der heutigen Concurs-Lehre. Meh-

rere in Justinians Gesetzbüchern enthaltene Bestimmungen bleiben ohne Aufklärung aus dem ältern Rechte dunkel oder wohl ganz unverständlich. Mehrere Sätze des ältern Rechts sind stillschweigend in dieselben aufgenommen worden. Und wie ist es überall auch nur möglich, die Vorschriften des Römischen Rechts analogisch, — und so können sie doch nur zum Theil angewendet werden, — auf das heutige Concurs-Wesen anzuwenden, ohne sie zuvor in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit dargestellt zu haben.

Aber gerade diese unerlaſsliche Darstellung ist es, welche die gröſsten Schwierigkeiten hervor bringt. Die vollständigen Nachrichten gehen uns hier ab. Wir müssen mehrentheils im Finstern oder doch nur bey einem sehr schwachen Lichte umher tappen, und uns häufig durch Schlüsse zu helfen suchen. Ich habe gethan, was ich konnte, und es wird mir die herzlichste Freude seyn, wenn Sachverständige an die Stelle der von mir gegebenen Data bessere so wohl als vollständigere setzen.

Das Studium der Gesetze und ihrer Geschichte bringt eigne und von den gewöhnlichen verschiedene Ansichten hervor. Sie dürften in diesem Buche unverkennbar seyn. Ich mache den Critiker hier besonders auf das aufmerksam, was ich über das Zwölf-Tafel-Gesetz, die Lex Petillia, den Curator bonorum bey den Römern, und überhaupt über das alte Römische Schuldenwesen, den Anfang des heutigen Concurses, und das Verhältniſs der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten, mit Hinsicht auf die vorhin entwickelte Römi-

ſche Theorie, geſagt habe. Ich geſtehe es mit wahrem Vergnügen, daſs ich den ſcharfſinnigen Erinnerungen der Herren von Almendingen und Burkard viel zu verdanken habe. Möchten ſich, (ich wünſche dies um der Wiſſenſchaft willen,) auch Männer finden, die meine jetzige Arbeit einer ähnlichen Critik unterwürfen und ihre Mängel aufdeckten!

Da ich nur einige wenige Kapitel aus meinem alten Buche aufgenommen, und überall auch meine Bearbeitung auf den Concurs-Prozeſs und die Rechtswohlthaten der Gläubiger ſo wohl als des Schuldners mit ausgedehnt, folglich den theoretiſchen ſo wohl als practiſchen Theil der Concurs-Lehre abgehandelt habe; ſo konnte ich mein Buch nicht eine neue Ausgabe nennen. Der Titel: Ausführliche Entwickelung, hat um ſo weniger etwas anmaſsendes, als zwiſchen Ausführlichkeit und Vollſtändigkeit ein himmelweiter Unterſchied vorhanden iſt, und in jeder Hinſicht die gegenwärtige Arbeit ausführlicher iſt, als die vorige. Vollſtändigkeit, im höhern Sinne dieſes Worts, dürfte wohl dasjenige ſeyn, wornach wir vergebens ſtreben.

Ich habe noch über die Arbeit ſelbſt etwas zu ſagen. Das Buch wurde bereits vor drey Jahren angefangen, allein die gehäuften Arbeiten meines Amts machten in der Vollendung deſſelben eine Pauſe über die andere. Dieſer Umſtand und die Aufnahme einzelner Kapitel und Erörterungen aus meinem alten Buche haben eine mir ſelbſt höchſt unangenehme Verſchiedenheit des Stils hervor gebracht, die unter ſolchen Umſtänden unvermeidlich war, wenn ſie gleich auf die Materie des Buchs weiter kei-

nen Einfluſs haben kann. — Ich habe ferner, mit Verwerfung der Paragraphen und unnützen Abtheilungen, das Ganze in Kapitel gebracht und in einem zuſammen hängenden Vortrage fortlaufen laſſen. Der vorgedruckte vollſtändige Conſpectus nebſt dem eben ſo vollſtändigen Regiſter wird den Leſer ſchon den Weg finden laſſen. Daſs ich die Auswüchſe meines alten Buchs, — ich meine die beyläufigen Erörterungen, welche gar nicht zur Sache gehörten, — weggeſchnitten, auch Lehren, die wohl ins Pfandrecht, aber nicht in die Lehre vom Concurſe gehören, z. B. von der Succeſſion der Gläubiger, weggelaſſen habe, wird hoffentlich niemand tadeln.

Die ſo ausführliche Darſtellung des Römiſchen Schuldverfahrens war nöthig, um den Grund meiner Concurs-Theorie zu ſichern. Ich konnte auch ſo bey der letztern kürzer ſeyn, und oft nur auf das vorhin Geſagte verweiſen. Das Kapitel über das Schuldverfahren bey den Hebräern, Griechen u. ſ. f. hat weiter keinen Zweck, als auf das Haupt-Princip hin zu leiten, welches bey dem Schuldverfahren aller bekannten Völker der alten Welt zum Grunde lag. Ich nahm abſichtlich in daſſelbe nicht mehr auf, als was ich für meinen Zweck brauchte.

Viele Lehren unſers bürgerlichen Rechts ſind durch fremdartige, der Geſetz-Theorie ganz entgegen laufende Einſchiebſel verunſtaltet worden. Dies iſt auch bey der Concurs-Lehre unſtreitig geſchehen. Daſs man ſich bemüht hat, den Concurs zu definiren, iſt lobenswerth; es verdient aber Tadel, daſs man die Definition dazu gebraucht hat, eine ganz wi-

dergesetzliche Theorie darauf zu gründen. Ich habe diesen Fehler bey der Bestimmung des Anfanges des Concurses aufgedeckt. Ehedem hatte ich mir selbst diesen grossen Fehler zu eigen gemacht. Es hält schwer, sich von einmahl allgemein angenommenen Lehrsätzen loszusagen, wenn man auch will, und ich zweifle noch, ob ich mich ganz davon losgesagt habe.

Auf dem Schmutztitel des Buchs steht das bekannte Motto aus Rochefoucault: Pour bien savoir les choses, il en faut savoir le detail, nicht umsonst. — Der Nachsatz: et comme il est etc., gehört bloss für mich, nicht für die, welche es besser machen.

Halle den 1sten April 1801.

ÜBERSICHT.

Erstes Kapitel. *Zustand der Schuldner und Verfahren in Schuldsachen:* — A. *Bey den Aegyptiern, Hebräern und Griechen.*

Bey den Aegyptiern wurde ein insolventer Schuldner Sclave seiner Gläubiger, S. 1—4. Ein gleiches Schicksal hatten die Schuldner bey den Hebräern, S. 5—8. Doch war die Sclaverey hier von einer ganz eignen Art. — Auch bey den Griechen fand Sclaverey der Schuldner Statt, S. 9—15. — Gesetzgebung Solons, und Griechisches Schuldverfahren.

Zweytes Kapitel. B. *Bey den Römern.* — a. *Zeiten der Könige.*

Die Sclaverey der Schuldner, welche auch bey den Römern Statt fand, war zu Anfang des Staats sehr drückend, S. 16. — Das Gesetz des Servius Tullius blieb bloßes Project, S. 17. — Aeltestes Römisches Schuldverfahren, S. 18.

Drittes Kapitel. b. *Zeiten der freyen Republik.* α. *Gesetz der zwölf Tafeln.*

Bestätigung der Sclaverey der Schuldner in den Zwölf-Tafel-Gesetzen, S. 20 u. 21. — Neues in den Zwölf-Tafel-Gesetzen angeordnetes Schuldverfahren, S. 22—75. — Commentar über das Zwölf-Tafel-Gesetz und die darin angeordnete *Sectio debitoris.*

Viertes Kapitel. *β. Lex Petillia Papiria. — Vorläufige Reflexionen zur Beförderung einer richtigen Theorie des Schuldenwesens bey den Völkern der alten Welt. — Erklärung der Lex Petillia Papiria selbst.*

Vernachläſſigung der Vorſchriften des Zwölf-Tafel-Geſetzes, S. 76 — 80. — Bemerkungen über das Schuldenweſen bey den Völkern der alten Welt, S. 81 — 83. — *Lex Petillia*, deren Inhalt und Veranlaſſung, S. 84 — 90. — Durch dieſes Geſetz wurde das Recht der Gläubiger an der Perſon des Schuldners in ein mittelbares Recht an deſſen Vermögen umgeſchaffen. Modificationen dieſes Geſetzes und Verfahren in Schuldſachen nach der *Lex Petillia*, S. 91 — 104. — Uebertragung des ſchuldneriſchen Vermögens auf einen *bonorum Emtor*.

Fünftes Kapitel. *Allmählige Veränderungen in dem Römiſchen Schuldverfahren gegen das Ende der freyen Republik.* c. *Zeiten der dauernden Dictatoren und der Kaiſer.* *α. Beneficium eiurationis; β. ceſſionis bonorum.*

Sectio bonorum in Vereinzelung des ſchuldneriſchen Vermögens, S. 105 — 107. — Sulla führt das *Beneficium eiurationis* ein, S. 108 — 112, welche Rechtswohlthat aber den Zuſtand der Schuldner noch nicht ſehr verbeſſert. — *Ceſſio bonorum* nicht von Cäſar, ſondern erſt von Auguſt eingeführt, S. 113 — 119. — Inhalt der *Lex Iulia de ceſſione bonorum*, S. 120 — 134. — Erklärung der Novelle 135.

Sechstes Kapitel. *γ. Verlängerte Zahlungsfriſten, Stückzahlung und Beneficium dationis in ſolutum; δ. Moratorium; und ε. erzwungene Nachſicht.*

Verlängerte Zahlungsfriſten, Stückzahlung u. ſ. w., S. 150. — Beneficium moratorii, deſſen Urſprung, S. 151. — Veranlaſſung, S. 152. — Grundſätze, S. 154 — 157. — Erzwungene Nachſicht, S. 157 — 159.

Siebentes Kapitel. *Beneficium competentiae. — Schluſsanmerkung über ſämmtliche Rechtswohlthaten der Schuldner.*

Beneficium competentiae, S. 159 u. 160. — Wem es zuſtändig, S. 161 — 168. — Davon geltende Rechtsſätze, S. 169 — 172. — Unterſuchung, welche von den Privilegien des Schuldners als dingliche, und welche als perſönliche zu betrachten ſind, S. 173 — 178.

Achtes Kapitel. *Vorzüge der Forderungen der Gläubiger, als Mitveranlassung zu dem veränderten Verfahren in Schuldsachen.*

Ursprüngliche Vorzüge der Forderungen bey den Römern, S. 179 — 182. — Neuere *Remedia securitatis*, S. 183 folg. — Privilegium der Leichenkosten, S. 184 — 190. — Gesetzliche und privilegirte Hypotheken, S. 191 — 252. — Untersuchung, welche von den Privilegien der Hypotheken reelle oder personelle sind, S. 255 — 259.

Neuntes Kapitel. *Verfahren in Schuldsachen nach dem neuern Römischen und Justinianeischen Rechte.*

Die Hauptsache bey dem neuern Römischen Schuldverfahren war die *Missio in possessionem*, S. 260. — Grundsätze von der *Immissio*, S. 262 — 268. — Rechte der Gläubiger an dem abgetretenen oder ihnen zuerkannten schuldnerischen Vermögen. *Curator bonorum*, dessen Bestellung und Amt, S. 269 — 272. — Verhältniss der Pfandgläubiger zu den immittirten, S. 273 — 275.

Zehntes Kapitel. *Verhältniss der Gläubiger unter und gegen einander, und gegen einen Dritten. — Nähere Bestimmung der Rechte und Pflichten des Curatoris bonorum, und dessen Verhältniss zu dem Schuldenwesen. — Ius retentionis et compensationis. — Nachlassvertrag.*

Noch einige Bemerkungen über die *Cessio* und *Immissio*, S. 275 — 278. — Gemeinschaft der Gläubiger und active so wohl als passive Repräsentation derselben, S. 279 — 282. — Nachlassvertrag, davon kommen in den Gesetzen zwey Gattungen vor: der freywillige und nothwendige, S. 283 — 296.

Eilftes Kapitel. *Ordnung der Gläubiger und Befriedigung derselben bey einem neu-Römischen Schuldenwesen.*

Allen andern Forderungen gingen die Leichenkosten vor, S. 297. — Unter den hypothekarischen Gläubigern genossen diejenigen den Vorzug, die mit einem privilegirten Pfandrechte versehen waren, S. 298. — Besonderer Vorzug einzelner privilegirter Hypotheken, S. 298 — 305. — Unter den schlechten hypothekarischen Gläubigern gab lediglich die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag, S. 306, welches

jedoch durch die Constitution des Kaisers Leo in der *L. 11 C. qui potior. in pign.* abgeändert wurde. Erklärung dieses Gesetzes, S. 307 — 314. — Chirographarische Gläubiger und Vorzugsrecht unter denselben, S. 314 — 323. — Schlechte chirographarische Gläubiger, S. 324 u. 325.

Zwölftes Kapitel. *Beneficium separationis und vel quasi. — Wiederauflebung des Eigenthums und besonders begünstigte Befriedigung einzelner Gläubiger.*

Veranlassung zur Einführung des *Beneficii separationis*, Begriff und davon geltende Grundsätze, S. 325 — 346. — Rechtswohlthat der Quasi-Separation, deren Grundsätze und Quasi-Separatisten, S. 346 — 357. — Unterschied zwischen Beneficium separationis und vel quasi, S. 357. — Noch andere Arten von Separationen, S. 358 — 372. — Revivíscenz des Eigenthums, S. 373 — 375.

Dreyzehntes Kapitel. *Von den zum Nachtheile seiner Gläubiger von dem Schuldner in Hinsicht auf sein Vermögen vorgenommenen Verfügungen, besonders von der Alienatio in fraudem creditorum. — Actio Pauliana und Interdictum fraudatorium.*

Alle Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen zum Nachtheile der Gläubiger sind entweder Verringerungen seines Vermögens oder Nichterwerbungen, S. 376 — 380. — Verringerungen, welche nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* vorfielen, waren *ipso iure* nichtig, S. 381 und 382. — Geschahen sie vorher und in fraudem creditorum, so hatten die übrigen Gläubiger zur Vernichtung derselben *Act. Paulianam* und *Interdictum fraudatorium*, der Fiscus aber *Act. civilem*, S. 383 — 452. — Nichterwerbungen, dabey ist gleichfalls der obige Unterschied zum Grunde zu legen, jedoch finden dabey ganz andere Grundsätze Statt, S. 453 — 477.

Vierzehntes Kapitel. *Schlussbemerkungen über das neu-Römische Verfahren in Schuldsachen. — Anfang und Ende des Schuldenwesens. — Kosten. — Bestrafung böser Schuldner.*

Bestandtheile des neu-Römischen Verfahrens in Schuldsachen, und Untersuchung, welche Geschäfte ausschliessend für den *Curator bonorum* gehörten, und bey welchen der Richter concurrirte, S. 478 u. 479. — Noch andere Bemerkungen über das Schuldenwesen der Römer, S. 480 — 485. — Bestrafung böser Schuldner, S. 486.

Fünfzehntes Kapitel. *Zustand der Schuldner und Verfahren in Schuldsachen: C. Bey den ältern Deutschen.*

Leibeigenschaft der Schuldner in frühern Zeiten, — auch selbst noch im Mittelalter, S. 487—490. — Fluchtsal, S. 491. — Bestrafung böser Schuldner, S. 493 u. 494.

Sechzehntes Kapitel. *Allmählige Veränderungen, welche sich mit dem Verfahren in Schuldsachen in Deutschland ereignet haben, als Einleitung zu dem heutigen Verfahren in Schuldsachen.*

Bey der vollständigen Einführung des Römischen Rechts in Deutschland verfuhr man anfangs in Schuldsachen ganz auf Römische Weise, S. 495. — Bald aber fiel die *Immissio* weg, und wurde der *Curator bonorum* in einen blossen Administrator der Concurs-Masse umgeschaffen, S. 496. — Neue Theorien in der Lehre vom Schuldenwesen, S. 497—500.

Siebzehntes Kapitel. D. *Heutiges Schuldverfahren in Deutschland. — Vorbereitung. — Allgemeiner Grundsatz beym heutigen Schuldenwesen. — Anwendung der Theorien von Zahlungsfristen, Stückzahlung, Benef. dat. in solutum, u. s. f.*

Grundsatz beym heutigen Schuldenwesen, S. 500. — Heutige Beschaffenheit der Moratorien, S. 501—506. — *Beneficium competentiae ex proprio* und *ex tertii iure*, S. 507—516.

Achtzehntes Kapitel. *Einzelne Acte des heutigen Schuldverfahrens. Erster Act: Vorbereitung zum Concurse.*

Exmission, — Inventur, — Manifestations-Eid, S. 517—519.

Neunzehntes Kapitel. *Zweyter Act: Edictal-Citation und Präclusion; — Versuch, einen Nachlassvertrag unter den Gläubigern hervor zu bringen.*

Eröffnung des Concurses durch die Edictal-Citation, — Form derselben, S. 519—522. — Präclusion, deren Eigenschaft, S. 523—526. — Personen, welche die bei Concursen gewöhnliche präclusivische Ladung verbindet, S. 526—530. — Ob auch bekannte Gläubiger ihre Forderungen im Liquidations-Termine anzeigen

müssen, S. 531 — 533. — Wirkungen der Präclusion, S. 533 — 542. — Ob ein Präclusions-Decret nöthig sey, S. 543 — 545. — Rechtsmittel gegen die Präclusion, S. 546 — 558. — Nachlassvertrag, dessen heutige Beschaffenheit, S. 559 — 576.

Zwanzigstes Kapitel. *Dritter Act: Liquidations-Termin. — Ansetzung des Contradictor und Curator bonorum. — Eröffnung des Concurs-Prozesses. — Concurs- und Prioritäts-Verfahren.*

Liquidations-Termin, S. 578. — Contradictor und Curator bonorum, deren Bestellung und Amt, S. 577 — 582. — Concurs-Prozess und dessen einzelne Theile, S. 583 — 588.

Ein und zwanzigstes Kapitel. *Vierter Act: Veräusserung des schuldnerischen Vermögens und andere Verfügungen darüber. — Locations-Sentenz und Ordnung der Gläubiger nach fünf Classen. — Distributions-Bescheid.*

Die Veräusserung des schuldnerischen Vermögens geschieht unter richterlicher Auctorität, S. 589 u. 590. — Nach Absonderung der Vindicanten werden die eigentlichen Concurs-Gläubiger in fünf Classen befriedigt, und haben die Zinsen gleiche Rechte mit den Capitalien, S. 591 — 595. — Erste Classe enthält die absolut-privilegirten Gläubiger, S. 596 — 615. — Zweyte Classe begreift die mit einem privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger, S. 616 — 621. — Dritte Classe; darin stehen die schlechten hypothekarischen Gläubiger, S. 621 — 637. — Vierte Classe enthält die privilegirten chirographarischen Gläubiger, S. 637 — 640. — Fünfte Classe, in welcher die schlechten chirographarischen Gläubiger stehen, S. 640 u. 641. — Locations-Sentenz, deren Beschaffenheit. — Distributions-Bescheid, S. 641 — 648.

Zwey und zwanzigstes Kapitel. *Nachtrag zu den vorigen Kapiteln.* 1. *Befriedigung der Gläubiger in verschiedenen Classen;* 2. *Berechnung der abschläglich vor dem Concurse gezahlten Gelder;* 3. *Uneigentliche Präclusion;* 4. *Uneigentliche Nachlassverträge.*

Ein Gläubiger, der Forderungen von verschiedener Art hat, muss in verschiedenen Classen befriedigt werden. Hat der Schuldner eine Forderung schon vor dem Ausbruche des Concurses bezahlt, so treten die allgemeinen Grundsätze von der Zahlung ein. Die uneigentliche Präclusion trifft die Gläubiger, welche sich im Li-

quidations-Termine zwar mit ihren Forderungen gemeldet, sie aber hernach auszuführen unterlassen haben, S. 644 u. 645. — Uneigentliche Nachlassverträge, wo ältere oder bevorzügte Gläubiger zu Gunsten der jüngern oder nicht bevorzügten etwas von ihren Forderungen fallen lassen, S. 546.

Drey und zwanzigstes Kapitel. *Anwendung der Lehren von der Separation u. s. w., der Paulianischen Klage und des Interd. fraudatorii auf den Concurs der Gläubiger.*

Sämmtliche den Gläubigern verliehene Rechtsmittel werden noch ganz im Geiste des Römischen Rechts bey heutigen Concursen gebraucht, S. 647 — 649.

Vier und zwanzigstes Kapitel. *Concurs-Kosten.*

Begriff von Concurs-Kosten, S. 649. — Eintheilung derselben in ökonomische und Kosten des Concurs-Prozesses, S. 650. — Bestimmung, welche Kosten zu den ökonomischen gehören, S. 650 — 653. — Kosten des Concurs-Prozesses, S. 653 — 659. — Wer die Concurs-Kosten zu bezahlen schuldig, S. 659 — 664. — Art der Bezahlung, S. 665 — 670.

Fünf und zwanzigstes Kapitel. *Anfang und Ende des Concurses.*

Ende des Concurses, S. 670. — Erfordernisse zu einem Concurse, S. 671. — Bevorstehen des Concurses, S. 672. — Anfang desselben, S. 673 — 679.

Sechs und zwanzigstes Kapitel. *Verhältniss der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten bey einem heutigen Concurse, besonders über Retentions- und Compensations-Recht. — Bestimmung der Rechte der Gläubiger an dem schuldnerischen Vermögen.*

Gemeinschaft unter den Concurs-Gläubigern, S. 679 — 681. — Wirkungen der Edictal-Citation, besonders in Absicht des Retentions- und Compensations-Rechts, S. 682. — Weitere Ausführung der Lehre von der Compensation bei Concursen, S. 682 — 708. — Active und passive Repräsentation der Gläubiger, S. 708 — 715. — Rechte der Gläubiger an dem schuldnerischen Vermögen, S. 715 u. 716.

Sieben und zwanzigstes Kapitel. *Von dem Concurs-Gerichte.*

Forum in concursu competens, S. 716—718. — Verbindlichkeiten des Concurs-Gerichts, S. 719. — Anziehende Kraft desselben 1. in Ansehung der gegen den Schuldner anderwärts obschwebenden Prozesse, S. 721—746; 2. in Ansehung derjenigen Güter und Vermögensstücke des Schuldners, welche unter einer andern Gerichtsbarkeit belegen sind, S. 746—763. — Bisherige Praxis in dieser Lehre, S. 764.

Acht und zwanzigstes Kapitel. *Ueber die gangbaren Eintheilungen des Concurses in den materiellen und formellen, allgemeinen und besondern, ingleichen über die Benennung des Schuldners und der Gläubiger beym Concurse.*

Materieller und formeller Concurs, Begriff und Wesen dieser Eintheilung, S. 765. — Allgemeiner und besonderer Concurs, S. 769. — Benennung der Gläubiger und des Schuldners bey einem Concurse, S. 770.

Anzeige der Druckfehler, welche den Sinn entstellen.

Seite 77 Zeile 13 von oben statt Zeiten lies Zinsen
— 102 — 6 von oben st kannten l. konnten
— 238 — 1 von unten st. verpfändeten Sachen l. verpfändeter Sachen
— 261 — 7 von oben st. Schuldsachen l. Schuldsache
— 279 — 3 von unten st. Schuldner l. Pachter
— 310 — 22 st. *Testamenta quasi publ.* l. *Instrumenta quasi publica*

Man bittet den Leser, die übrigen zu verbessern, auch in der Rubrick des acht und zwanzigsten Kapitels die Worte: seines Vermögens, wegzustreichen.

AUSFÜHRLICHE ENTWICKELUNG

DER

LEHRE

VOM

CONCURSE DER GLÄUBIGER.

Pour bien ſavoir les choſes il en faut ſavoir le détail.
Rochefoucault.

ERSTES KAPITEL.

Zuſtand der Schuldner und Verfahren in Schuldſachen. — A. Bey den Aegyptiern, Hebräern, und Griechen.

Bey den *Aegyptiern* gerieth ein Schuldner, der ſeinen Gläubiger nicht bezahlen, auch ſonſt auf keine Art zufrieden ſtellen konnte, in deſſen Sclaverey. Den Beweis davon liefert das merkwürdige Geſetz des Aegyptiſchen Königs *Bochoris*, der um die erſte Olympiade der gemeinen Zeitrechnung gelebt und, nach dem Zeugniſſe des *Diodor von Sicilien*, [a]) mit Abſchaffung dieſer Sclaverey, die Gläubiger allein an das Vermögen des Schuldners verwieſen haben ſoll. — Und hätte es auch mit dieſer Verordnung des Königs *Bochoris* ſeine Richtigkeit nicht, woran wir doch keine Urſache zu zweifeln haben, ſo würde es gleichwohl ſehr leicht fallen, die Behauptung von der Sclaverey der Schuldner bey den Aegyptiern aus der mehr bekannten ältern Verfaſſung dieſes Volks, und aus den fünf Büchern *Moſis* insbeſondere, zu unterſtützen. Ob übrigens das Geſetz des Königs *Bochoris*, welches die Sclaverey der Schuldner aufhob, nur für den ſtreitbaren Krieger, oder auch für die übrigen Volksclaſſen gegeben worden, bleibt noch immer die Frage. Nach dem Nachſatze in der Verfügung

a) *Biblioth. hiſtoric.*, Lib. I, p. 71, C, (*edit. Rhod.*): „Τῶν ὀφειλόντων τὴν ἔκπραξιν τῶν δανείων ἐκ τῆς οὐσίας μόνον ἐποιήσατο, τὸ δὲ σῶμα κατ' οὐδένα τρόπον εἴασεν ὑπάρχειν ἀγώγιμον, ἡγούμενος δεῖν εἶναι τὰς μὲν κτήσεις, τῶν ἐργασαμένων, ἢ παρὰ κυρίου τινὸς ἐν δωρεαῖς λαβόντων. Τὰ δὲ σώματα, τῶν πόλεων ἵνα τὰς καθηκούσας λειτουργίας ἔχωσιν αἱ πόλεις καὶ κατὰ πόλεμον καὶ κατ' εἰρήνην. ἄτοπον γὰρ, στρατιώτην εἰς τὸν ὑπὲρ τῆς πατρίδος προϊόντα κίνδυνον, εἰ τύχοι, πρὸς δάνειον ὑπὸ τοῦ πιστεύσαντος ἀπάγεσθαι καὶ τῆς τῶν ἰδιωτῶν πλεονεξίας ἕνεκα κινδυνεύειν τὴν κοινὴν ἁπάντων σωτηρίαν.“

des Geſetzes: daſs nämlich die Perſon des Schuldners dem gemeinen Weſen angehöre, zu urtheilen, iſt das Letztere keinem Zweifel unterworfen. Aber die unmittelbar darauf folgenden Worte: ἄτοπον γὰρ u. ſ. f., geben dem Urtheile eine ganz andere und entgegen geſetzte Richtung. — Doch muſs man auch hier daran denken, daſs bey den Völkern der alten Welt jeder freye Mann auch zugleich geborner Krieger war.

Gleicher Geſtalt iſt es noch manchem Zweifel unterworfen: ob *Bochoris* die Sclaverey der Schuldner ganz abgeſchafft, oder ſolche nur, da ſie vorher hauptſächlich und als Zwangsmittel zur Berichtigung der Schuld Statt fand, in eine Sclaverey zur Hülfe verwandelt habe. Die Worte des *Diodor*: τὸ δὲ σῶμα κατ᾽ οὐδένα τρόπον εἴασεν ὑπάρχειν ἀγώγιμον, ſtimmen mehr für das Erſtere, indeſs finde ich kein Bedenken, das Letztere darum anzunehmen, weil eines Theils dem *Diodor*, als bloſsem Hiſtoriker, in dergleichen feinen Beſtimmungen nicht zu trauen iſt, und andern Theils überall bey den Völkern der alten Welt, ſo weit die Geſchichte reicht, die Sclaverey der Schuldner, wenn ſie durch die Geſetzgeber aufgehoben wurde, nur von einer hauptſächlichen in eine Sclaverey zur Hülfe überging.

Wie übrigens die Sclaverey der Schuldner bey den Aegyptiern, oder nach ihrer Aufhebung der Zuſtand der Schuldner beſchaffen geweſen, wiſſen wir nicht, und eben ſo wenig von dem bey ihnen in Schuldſachen üblichen Verfahren. Wenn wir das Geſetz des Königs *Bochoris*, deſſen kurz vorher Erwähnung geſchehen iſt, hier zum Grunde legen, und die fortdauernde Gültigkeit deſſelben nicht bezweifeln, ſo läſst ſich in Abſicht der Sclaverey der Schuldner überall ſo viel mit Gewiſsheit behaupten, daſs ſolche keine eigentliche Knechtſchaft in ſich begriffen habe.

Ein gleiches Schickſal wie bey den Aegyptiern hatten die Schuldner bey den *Hebräern*. b) Ich laſſe es ganz dahin geſtellt ſeyn, ob die Hebräer die Scla-

b) Von dem Schickſale der Schuldner, ſowohl bey den Hebräern als den weiter unten folgenden Griechen, hat *I. C. Schlüger*, (*D. de debitore obaerato ſecundum ius Hebraicum et Atticum creditori in ſervitutem adiudicando*, Helmſt. 1741, und in *Dan. Fellenbergii Iurispr. antiq.*, I, 1,) ſehr ausführlich und gut gehandelt, ob ich gleich in ſehr vielen Stücken, wie die Vergleichung meiner Ausführung mit dieſer Schrift nachweiſet, nicht mit ihm einerley Meinung ſeyn kann. — Nach dem Titel ſollte man in der

verey der Schuldner von den Aegyptiern entlehnt haben, oder ob ſie ſelbſt darauf verfallen ſind. Mir iſt das Letztere eben ſo wahrſcheinlich als das Erſtere. — Und auf allen Fall hat doch die Geſetzgebung Moſis dieſe Sclaverey ganz anders, und ſo beſtimmt, daſs nur eine ſehr entfernte Aehnlichkeit übrig bleibt.

Wenn kein anderer Gegenſtand der Befriedigung vorhanden war, c) ſo hielt ſich bey den Hebräern der Gläubiger an den Körper ſeines Schuldners ſelbſt, ja ſogar an die Körper ſeiner Frau und ſeiner Kinder. Aber die Sclaverey, die in dergleichen Fällen Statt fand, war nur dem Nahmen nach eine ſolche, und der Gläubiger erhielt dadurch bloſs die Befugniſs, die vorgenannten Perſonen mit Aufrechthaltung ihres bürgerlichen Zuſtandes zu ſeinen Arbeiten zu gebrauchen, d) und auch dabey ſelbſt durfte er ihnen nicht einmahl alle und jede ſclaviſche Arbeiten zumuthen. e) — Und gleiche

Schrift eine gleich vollſtändige Abhandlung über das Schickſal der Schuldner, ſo wohl bey den Hebräern als Griechen, ſuchen, allein ihr Verfaſſer hat ſich mehr auf die Erſtern beſchränkt, und iſt dazu in Anſehung der Griechen nicht mit ſo groſser Critik als bey den Hebräern verfahren, welches jedoch zu entſchuldigen iſt, wenn er, wie *Michaelis* behauptet, bey ſeiner Schrift eigentlich nur die Abſicht hatte, die Rabbinen zu widerlegen, die das Verkaufen der Schuldner als Sclaven verdammen. — Uebrigens iſt auch wegen der Hebräer hier noch beſonders zu vergleichen *J. D. Michaelis Moſaiſches Recht*, II, 123, 135; III, 147, 148, 150; u. a. m. O.

c) *Michaelis*, *a. a. O.*, III, 148, giebt folgende Stücke als Gegenſtand der Execution bey den Hebräern an: 1. den Erbacker; 2. Häuſer; 3. Kleider, wobey jedoch nicht die ordentliche tägliche Bedeckung des Schuldners, nach 2. *B. Moſ.* XXIV, 25, 26, von den Gläubigern angegriffen werden konnte; 4. Vieh; 5. Hausrath; und 6. Schmuck. — Uebrigens brauche ich wohl nicht zu erinnern, daſs dieſe Angabe weder vollſtändig ſey, noch auf die Ordnung der Execution dabey Rückſicht genommen worden.

d) 3. *B. Moſ.* XXV, 39.

e) Daſs die Schuldner bey den Hebräern nicht zu allen und jeden ſclaviſchen Arbeiten gebraucht werden konnten, iſt wohl ausgemacht, aber daſs man ſie ſo geſchont haben ſollte, als *Io. Caſim. Miegius* in *Conſtit. ſervi Hebraic.*, Sect. III, p. 322, behauptet, iſt eines Theils gar nicht erwieſen, und läſst ſich andern Theils auch nicht vermuthen. — 3. *B. Moſ.* XXV, 39, 40, heiſst es, daſs man ſeinen verarmten und verkauften Bruder ſich nicht als Sclave dienen laſſen, ſondern ihn als Tagelöhner gebrauchen ſolle. Allein die Stelle geht nicht ſo wohl auf den Schuldner, der in die Sclaverey ſeines Gläubigers gerathen war, als vielmehr auf den Hebräer, dem der Schuldner von dem Gläubiger war verkauft worden. Und wenn man hier auch durchgehends eine Gleichheit der Rechte annehmen will, ſo folgt doch nur ſo viel, daſs die Schuldner

Rechte traten alsdann ein, wenn der Schuldner, ſeine Frau und ſeine Kinder, von dem Gläubiger, um deſto eher zu ſeiner Befriedigung zu gelangen, waren verkauft worden, welche Befugniſs zwar dem Gläubiger um ſeines eignen Beſten willen zugeſtanden wurde, aber auf die Veräuſserung an Eingeborne und Hebräer eingeſchränkt war, indem dieſe nur durch das Geſetz gebunden wurden, und Auswärtige die ihnen verkauften Perſonen als wirkliche Sclaven zu behandeln befugt geweſen wären. [f])

Daſs die Sclaverey der Schuldner bey den Hebräern nur zur Hülfe Statt gefunden habe, iſt nach dem Vorher-gehenden unläugbar. Ob man ſie aber fortdauernd und bis auf die Zerſtörung Jeruſalems angenommen, iſt eine Frage, die noch nicht gehörig unterſucht worden iſt, und deren Unterſuchung auch hier auſserhalb der Grenzen meines eigentlichen Zwecks liegt. Nach mehrern Stellen des alten Bundes [g]) ſcheint es, als wenn man bey den Hebräern in neuern Zeiten gelindere Grundſätze angenommen und die Gläubiger bloſs auf das Vermögen des Schuldners mit gänzlicher Ausſchlieſsung des Rechts an ſeine Perſon eingeſchränkt habe. — Dagegen wird in andern Stellen des alten Bundes die Sclaverey der Schuldner nicht nur als etwas Gewöhnliches voraus geſetzt, ſondern es erhellet auch aus verſchiedenen Stellen des neuen Bundes, [h]) daſs ſolche noch zu Chriſti Zeiten und nach ihm bey den Hebräern Statt gefunden habe. — Wenn ich meine Meinung beyläufig über die Sache ſagen ſoll, ſo blieb unſtreitig bey den Hebräern wegen des groſsen Anſehens, worin bey ihnen das Moſaiſche Recht ſtand, die Sclaverey fortwährend, und bis zum Untergange des Staats das allgemeine Loos der Schuldner: und wenn man es in neuern Zeiten dem Gläubiger verargte, wenn er ſeinen Schuldner zum Sclaven machen wollte, oder ihm wohl gar gerichtlich dieſe Befugniſs abſprach; ſo hatte ſolches unſtreitig

nicht zu den niedrigſten, und ſolchen Arbeiten gebraucht werden durften, die man bloſs von Sclaven verrichten zu laſſen pflegte.

f) Den Beweis dieſer Behauptung würde die allgemein bekannte Verfaſſung der Hebräer von ſelbſt liefern, wenn ihn nicht die angeführten Stellen des Moſaiſchen Rechts, (ſiehe die vorher gehende Note,) ſo reichlich gäben.

g) Die Hauptſtelle iſt *Nehemiä* V, 4, 5. Vergleiche darüber *Michaelis a. a. O.*, III, 148, S. 52, und *Schläger not. b cit.*, §. 7.

h) Z. B. *Matth.* XXVIII, 25. Vergleiche auch *Michaelis a. a. O.*, III, 148.

mehr in den Sitten des Zeitalters und in einer angenommenen Billigkeit, als in der Abschaffung des ältern Rechts seinen Grund. Auch mag die Bekanntschaft mit den Römern in einem Zeitalter, in welchem man bey diesen so milde Grundsätze wegen der Schuldner annahm, wohl mit dazu beygetragen haben, daſs man das sonst so geschätzte Mosaische Recht hintenansetzte.

Das Verfahren in Schuldsachen war bey den Hebräern im höchsten Grade summarisch, und zeigte sich die schnelle Asiatische Justiz hier in ihrer vollen Wirkung. Auf das Bekenntniſs des Schuldners oder den gehörig geführten Beweis der Schuldforderung, wobey, wie sich von selbst versteht, die ermüdenden Formalitäten des heutigen gerichtlichen Verfahrens ganz wegfielen, folgte die Verurtheilung, und bald darauf die Execution, die, in Ermangelung anderer Gegenstände, an den Körper des Schuldners selbst und die Körper seiner Frau und seiner Kinder verfügt wurde, und gewiſs in nichts weiter, als in einer Einweisung in die Güter des Schuldners, oder, wenn der Körper Gegenstand der Execution war, in der gerichtlichen Zusprechung des Schuldners bestand. Auf den Fall der Mehrheit der Gläubiger fand bey den Hebräern wohl eine gemeinschaftliche Sclaverey des Schuldners, aber kein Vorzug der Forderungen unter einander Statt. Das Unterpfand, welches in den Gesetzen Mosis vorkommt, ist von der Art, daſs es einen solchen Vorzug nicht verschaffen kann, [i]) und ich finde nirgends, daſs andere Vorzüge und Privilegien der Forderungen wären fest gesetzt worden. Dagegen kann man allerdings Privilegien des Schuldners selbst gegen die zu groſse Zudringlichkeit der Gläubiger bey den Hebräern, wenigstens nach dem Mosaischen Rechte, annehmen, [k]) wenn gleich solche mit den

i) Die Pfandgebung bestand bey den Hebräern in einer bedingten Eigenthumsübertragung, so, daſs nämlich der Gläubiger sich das Pfand im Nichtzahlungsfalle ohne weitere obrigkeitliche Hülfe selbst zueignen, und es so gut, als wäre es durch das unbezahlt gebliebene Darlehn erkauft, behalten konnte. *Michaelis a. a. O.*, III, 150. — Unter solchen Umständen aber konnten natürlich die Gläubiger nicht einmahl wegen der ihnen verpfändeten Sachen mit einander in Collision kommen, und muſste daher auch alles Vorzugsrecht ganz wegfallen.

k) Ich rechne dahin, daſs die Gläubiger mehrere Sachen des Schuldners gar nicht angreifen durften, auch daſs im siebenten Jahre keine Schuld eingemahnt noch eingeklagt werden durfte. 2. *B. Mos.* XXII, 25, 26; 5. *B. Mos.* XXIV, 12, 13 und 6; 5. *B. Mos.* XV, 1 — 11. Vergleiche *Michaelis a. a. O.*, III, 150, 158.

heutigen Privilegien eines Schuldners gar nicht in Vergleichung gebracht werden dürfen.

Von Seiten des Staats mischte man sich übrigens bey den Hebräern nicht weiter in Schuldsachen, als es das gemeine Beste erforderte und die Rechte der Gläubiger authorisirt werden mussten. — Die Bestrafung böser Schuldner, wenn sie überall Statt fand, [l]) kam wohl schwerlich bey den Hebräern eher auf, als bis man von dem Gesetze Mosis, das die Sclaverey der Schuldner anordnete, abwich, und gewisser Massen als eine Substitution der Sclaverey.

Wenn es seine Richtigkeit hat, dass das Buch *Hiob* Asiatische Sitten ohne Hinsicht auf ein bestimmtes Volk, entweder ohne oder mit Beziehung auf ein gewisses Zeitalter, mahlt, so kann man ganz dreist behaupten, dass bey den übrigen Asiatischen Völkern ein gleicher Zustand der Schuldner wie bey den Hebräern Statt gefunden habe. Nur freylich konnte derselbe bey ihnen nicht so bestimmt seyn, als er bey den Hebräern durch das Mosaische Recht geworden war, auch fand ohne allen Zweifel die Sclaverey der Schuldner nie zur Hülfe, sondern hauptsächlich und als Zwangsmittel bey ihnen Statt. — Aeltere und neuere Reisebeschreibungen stimmen darin mit einander überein, dass noch bis auf den heutigen Tag die Sclaverey das allgemeine Loos der Schuldner bey den Völkern Asiens ist, und *Staunton* [m]) spricht beyläufig von einem Verfahren der Chinesen in Schuldsachen, bey welchem offenbar das Princip von der Sclaverey der Schuldner zum Grunde liegt. — Die Erfahrung lehrt überall, dass der Grundsatz von der Sclaverey der Schuldner rohen und uncultivirten Völkern ei-

l) Als Beweis, dass bey den Hebräern auch die Bestrafung der Schuldner Statt gefunden habe, pflegt man anzuführen, dass im neuen Testamente das Gefängniss als Strafe der Schuldner in Gleichnissen vorkommt, z. B. *Matth.* XVIII, 30, 34, und a. m. O. — Allein *Michaelis*, im *Mosaischen Rechte*, III, 149, hat dawider sehr wichtige Einwendungen gemacht, nach welchen es noch immer zweifelhaft bleibt, ob jene Gleichnisse von den Hebräern oder andern Asiatischen Völkern entlehnt sind.

m) *Reise der Brittischen Gesandtschaft unter dem Lord Macartney an den Kaiser von China*, beschrieben von Sir *George Staunton*, aus dem Engl. übersetzt von *M. C. Sprengel*, Th. II, S. 287. „Ein unglücklicher Schuldner“, (heisst es hier,) „wird nur auf eine bestimmte Zeit fest gesetzt; wenn aber nach Einziehung seines ganzen Vermögens ein Theil seiner Schulden unbezahlt bleibt, so muss er öffentlich eine Zeit lang mit einem Joche um den Hals erscheinen, damit seine Familie, wenn sie vermögend ist, bewogen werde, für ihn zu bezahlen, um der Beschimpfung zu entgehen.“

gen ist und sich nur erst bey zunehmender Cultur und Verfeinerung der Sitten verliert.

Ich gehe von den Hebräern so wohl als den übrigen Völkern Asiens zu den *Griechen* über. Sie interessiren uns um so mehr, als sie, nach der gemeinen Sage, auf die frühere Gesetzgebung der Römer einen so wichtigen Einfluss gehabt haben sollen, und auch wohl zum Theil wirklich gehabt haben mögen.

Vor den Zeiten des *Solon* war in dem gebildetsten von den damahls blühenden kleinen Griechischen Freystaaten, in Athen, das allgemeine Loos der Schuldner eine sehr drückende Sclaverey, n) und man kann daher wohl mit Recht ein gleiches Schicksal der Schuldner in den übrigen Staaten Griechenlands annehmen. Die Sclaverey der Schuldner fand in Athen nicht zur Hülfe, sondern hauptsächlich und als Zwangsmittel Statt, und war durchgehends von einer Art, wenn man gleich die in die Sclaverey ihrer Gläubiger gerathenen Schuldner, deren es eine fast unglaubliche Menge gab, theils nach den Arbeiten, die sie leisten mussten, theils nach der Befugniss der Gläubiger, sie mehr oder weniger hart zu behandeln, in Classen eingetheilt haben mag. o) Der Schuldner, welcher in die Sclaverey seines Gläubigers gerieth, blieb zwar nach wie vor ein freyer Mensch und Bürger des Staats, konnte aber von dem Gläubiger zu sclavischen Arbeiten gebraucht, auch, damit er nicht entflöhe, mit Banden belegt, oder sonst in sichere Verwahrung gebracht werden. Erst dann, wenn ihn der Gläubiger verkaufte, — welche Befugniss man diesem bey den Atheniensern ebenfalls, um desto schneller zu seinem Capitale zu gelangen, zugestand, —

n) *Plutarch* in *Solone*, p. 85, A. Ich will die eignen Worte des Plutarch hier Ein Mahl für alle Mahl hersetzen, weil ich hinterher noch besonders darüber sprechen muss. Er beschreibt den letzten Volksaufstand vor dem Solon, zu welchem hauptsächlich die Schuldbedrückungen Veranlassung gaben, und schildert den Zustand des Volks auf diese Art: Ἅπας μὲν γὰρ ὁ δῆμος ἦν ὑπόχρεως τῶν πλουσίων. ἢ γὰρ ἐγεωργοῦν ἐκείνοις ἕκτα τῶν γινομένων τελοῦντες ἑκτημόριοι προσαγορευόμενοι καὶ θῆτες. ἢ χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγώγιμοι τοῖς δανειζόησην ἦσαν, οἱ μὲν αὐτοῖς δουλεύοντες, οἱ δ' ἐπὶ τῇ ξένῃ πιπρασκόμενοι etc.

o) In Ansehung Lacedämons, glaube ich indess, kann man, besonders nach Lycurgs Gesetzgebung und Einrichtung, etwas anderes annehmen. Siehe *N. Cragius de Republ. Laced.*, III, 2.

verlor der Schuldner seine Freyheit und seinen bürgerlichen Zustand, und ging in die wirkliche Sclaverey über. Der Umstand, daſs die Gläubiger den Schuldner nur an Fremde und auſserhalb Landes verkaufen durften, den man bey den Claſsikern zwar nur beyläufig angeführt findet, der aber dem Auge des Rechtsgelehrten nicht entgehen darf, deutet sehr bestimmt auf das Verhältniſs solcher in die Sclaverey gerathenen Schuldner zu den übrigen Bürgern des Staats hin, und er so wohl als dieses, daſs man dem Schuldner der Sclaverey ungeachtet den Genuſs der Bürgerrechte zugestand, enthält den bündigsten Beweis für die Behauptung, daſs der in die Sclaverey gerathene Schuldner bis zu seiner förmlichen Veräuſserung ein freyer Mensch und Bürger des Staats geblieben sey, obwohl, wie sich von selbst versteht, seine Freyheit höchst eingeschränkt war und viele seiner Bürgerrechte ruhen muſsten.

Daſs die Sclaverey der Schuldner viel drückender bey den Griechen gewesen, als sie bey den Hebräern war, leidet keinen Zweifel. Man machte in Ansehung der ihre Schuld abarbeitenden Personen keinen Unterschied zwischen sclavischen und andern Dienstesleistungen, sondern es stand dem Gläubiger frey, sie auch zu den erstern zu gebrauchen. — Man schränkte ferner den Verkauf der Schuldner nicht, wie bey den Hebräern, auf den an Eingeborne ein, vielmehr durfte er nicht einmahl an solche, sondern lediglich an Fremde und auſserhalb Landes geschehen. Dies kam daher, weil die Hebräer auf die Erhaltung des Bürgerrechts ihrer Mitbrüder so sehr Bedacht nahmen, die Griechen hingegen die Zerstörung desselben im Nothfalle erlaubten; auch überall bey ihnen die Sclaverey der Schuldner mehr auf dem Körper selbst, als auf den Arbeiten ruhte. — Dessen ungeachtet aber findet man nirgends, daſs die Gläubiger bey den Atheniensern befugt gewesen wären, den Schuldner hart zu behandeln, oder ihn wohl gar zu tödten, p) vielmehr sind Gründe genug vorhanden, um gerade das Gegentheil zu behaupten. Denn fürs erste blieb der Schuldner der Sclaverey ungeachtet noch immer Bürger des Staats, und konnte schon in dieser Eigenschaft nicht wie ein gewöhnlicher Sclave behandelt werden; und dann zweytens hat-

p) Das Gegentheil hat *Salmasius*, (in *Miscellis defensionibus pro Cl. Salmasio de variis observat. et emendat. ad ius Attic. et Roman. pertinentib.*, XI, pag. 312,) behauptet, allein ihn hat sehr gut widerlegt *Des. Heraldus* in *Obs. ad ius Attic. et Roman.*, IV, 4, p. 286.

ten die Athenienser selbst harte Gesetze gegen die Mishandlungen der eigentlichen Sclaven. [q])

Solon soll die Sclaverey der Schuldner in Athen aufgehoben, und die Gläubiger lediglich an das Vermögen der Schuldner verwiesen haben. Man beruft sich bey dieser Behauptung auf zwey berühmte Schriftsteller der Vorzeit, den *Dionys von Halicarnass* [r]) und den *Plutarch.* [s]) Beyde erheben nicht nur die Verdienste des Solon um die dürftige Classe des Volks ungemein, sondern der letztere führt sogar eine Verordnung des Solon wörtlich dahin an: πρὸς τὸ λοιπὸν ἐπὶ τοῖς σώμασι μηδένα δανείζειν, (dass es für die Zukunft nicht mehr erlaubt seyn solle, auf die Körper zu wuchern.) In der Voraussetzung, dass die Nachrichten des Plutarch von der Gesetzgebung Solons richtig sind, (und wir haben keinen Grund, dieses zu bezweifeln,) ist allerdings anzunehmen, dass von dem Solon die Sclaverey der Schuldner in der Regel abgeschafft worden, ohne dass man nöthig hat, zu einer gekünstelten Erklärung der Stelle des Plutarch seine Zuflucht zu nehmen. — Aber ich sage mit gutem Bedachte: Solon habe die Sclaverey der Schuldner in der Regel abgeschafft. Denn nur solche Schuldner brauchten nicht Sclaven ihrer Gläubiger zu werden, die durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen waren. In Ansehung der übrigen Gläubiger blieb es ganz bey der Strenge des ältern Rechts, wie sich aus dem noch mehr ergeben wird, was ich unten von der Bestrafung solcher Schuldner sagen werde.

Schläger [t]) ist der entgegen gesetzten Meinung. Er behauptet, Solon habe die Sclaverey der Schuldner in Athen gar nicht abgeschafft, sondern bloss das Anleihen des Geldes auf den Körper, oder unter der Verbindlichkeit,

q) Vergleiche *Schläger l. c.*, §. XVIII, der die Beweisstellen aus den Schriften der Alten zusammen getragen hat. Man muss nur den Zustand der Sclaven in den übrigen Griechischen Staaten nicht mit dem in Athen verwechseln, und überall daran denken, dass in den ältern Zeiten die Sclaverey in Griechenland von einer ganz andern Art als um die Zeiten der Solonischen Gesetzgebung war. Siehe *Er. Feithii Antiquit. Homericar.* II, 20; in *Gronov. Thes. A. G.*, VI, p. 3776.

r) *Histor. Roman.*, V, 319.

s) In *Solon.*, p. 86, D. — Vergleiche auch *Sam. Petiti Comment. in leges Attic.*, (*edit. Wesseling.*,) V, 4, pag. 507.

t) *l. c.*, p. 39. — Auch *Petit*, *a. a. O.*, hält es mit dieser Meinung.

dafs der Schuldner für den Genufs des Capitals Arbeiten thun folle, verboten. Er fagt: Aus mehrern Stellen der Alten, die bey ihm felbft nachgelefen werden können, erhelle, dafs das Wort: δανείζειν, wenn es allein ftehe, eine Anleihe ohne alle Zinfen, oder beffer, ohne alle Gegenverbindlichkeit des Schuldners, bedeute, δανείζειν ἐπὶ τόκον heifse dagegen auf Zinfen leihen, und daher müffe δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασι fchlechterdings auf körperliche Arbeiten leihen heifsen. Allein fo richtig auch diefe Worterklärung ift, fo folgt daraus bey weitem noch nicht, dafs auch die Sacherklärung richtig feyn müffe. In der oben, (Note r,) angeführten Stelle des Plutarch werden Schuldner, die fich für den Genufs des Capitals zu Dienftesleiftungen und Fruchtentrichtungen, (Θῆτες,) verbindlich gemacht hatten, von den χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασι ausdrücklich unterfchieden. Hierzu kommt noch, dafs man bey den Griechen Anleihen auf beftimmte Unterpfänder von Anleihen im Allgemeinen unterfchied, und das Unterpfand, wenn es beftellt war, alle weitere Verbindlichkeiten des Schuldners aufhob, und die Rechte des Gläubigers allein auf fich einfchränkte. Das δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασι will daher nichts weiter fagen, als jemanden Geld gegen Zinfen, oder ohne alle Zinfen anleihen, wobey aber kein Unterpfand Statt hat, und in Anfehung deffen fich daher der Gläubiger an den Körper des Schuldners nach den bisher bey den Athenienfern geltenden Gefetzen oder Gewohnheitsrechten halten konnte. Bey der Anleihe unter der Verbindlichkeit, Dienfte zu leiften oder Früchte zu entrichten, konnte ohnehin nicht von der Sclaverey der Schuldner die Rede feyn, man wollte denn diefe Verbindlichkeit blofs für den Genufs des Capitals und als Zinfen rechnen. Und dafs Plutarch des Borgens auf Unterpfänder nicht Erwähnung thut, ift ihm, als Gefchichtfchreiber, fehr gut zu verzeihen. — Will man überhaupt die Stelle des Plutarch richtig erklären, fo mufs man auf die Veranlaffung Rückficht nehmen, die er zu dem Gefetze des Solon felbft angiebt, und dann halte ich dafür, dafs folches fo wohl von Abfchaffung der Sclaverey der Schuldner, als vom Borgen gegen die Verbindlichkeit, die Schuld abzuarbeiten, verftanden werden müffe, weil beydes zu dem Volksaufftande Gelegenheit gegeben hatte. u)

u) Ueberall hatte Solon bey feiner neuen Gefetzgebung die Erleichterung des Schuldenwefens zum Zwecke. Vortrefflich fchildert *Mitford history of Greece*, Chapt. VI,

Ob die Geſetze, welche Solon zum Vortheile der ohne ihr Zuthun verarmten Schuldner machte, in Athen fortdauernd geweſen ſind und ſich bis zum Untergange dieſes Freyſtaats erhalten haben, wage ich nicht zu beſtimmen. Das Anſehen, worin die Geſetzgebung dieſes weiſen Mannes noch immer in ſpätern Zeiten ſtand, läſst ſolches zwar vermuthen, aber es dringen ſich auch wieder wichtige Zweifel auf, wenn man erwägt, wie ſehr die reichere Volksclaſſe, in deren Händen ſich doch eigentlich die Staatsgewalt befand, dabey intereſſirt war, daſs jene Geſetze nicht fortwährende Gültigkeit hatten. Schwerlich möchten jedoch dieſe Soloniſchen Geſetze in den übrigen Staaten Griechenlands eine Nachahmung gefunden haben.

Wegen des Verfahrens in Schuldſachen bey den Griechen gehen uns zwar die genauen Nachrichten ab, indeſs läſst ſich ſo viel im Allgemeinen davon annehmen, daſs es nicht weniger ſummariſch als bey den Hebräern geweſen ſey. Die δίκη χρέους, (Schuldklage,) der Griechen iſt nebſt ihren Untergattungen: δίκη τοῦ δανείου, u. ſ. f., ganz von der Art, daſs ſie ein weitläuftiges Verfahren entbehren kann, [v]) und überall war ein ſolches kurzes und Aſiatiſches Verfahren der Gerichtsverfaſſung bey den Griechen ganz angemeſſen. Auf das Geſtändniſs des Schuldners oder den geführten Beweis der Schuld verſtattete man demſelben zuvörderſt eine Friſt, um die Zahlung, wenn es möglich, zu beſchaffen, (προθεσμίας ἡμέρας.) Wie lange dieſe Friſt von dem Richter habe verſtattet werden können, iſt unbekannt. *Stephani's* [w]) Conjectur, daſs man dieſelbe Friſt bey den Griechen angenommen habe, die hernach in den Zwölf-Tafel-Geſetzen der Römer vorkommt, iſt viel zu gewagt, als daſs ich ſie annehmen könnte. — Ließs der Schuldner die Friſt verſtreichen, ohne Zahlung zu leiſten, ſo fand alsdann δίκη ἐξούλης gegen ihn Statt, welche eine öffentliche Contumaz-Klage war und die

p. 268, dieſe Soloniſche Geſetzgebung, wenn er ſagt, daſs Solon das Volk beruhigt habe: „By lovering the intereſt; by giving means of advantage to the debtor trough ſome alterations in the value of money, and eſpecially by taking from the creditor all power over the perſons of the debtor and his family," ob ich ihm gleich in Anſehung der letztern Behauptung nicht beypflichten kann.

v) Vergleiche *Io. Stephanus de iurisdict. veter. Graecor.*, C. XIV, p. 2744, F; in *Gronov. Theſ. A. G.*, T. VI. — Zumahl, wenn ſie auf eine ſo genannte Syngrapha, wovon *Petit l. c.* ein Formular angegeben hat, gegründet war.

w) *l. c.*, C. XI, p. 2729, D.

Inhaftirung des Schuldners zur Folge hatte, [x]) die auch zuverläſſig, nachdem Solon die Sclaverey der Schuldner aufgehoben hatte, bey den Athenienſern theils als Zwangsmittel, theils als Rache wegen des verletzten richterlichen Anſehens Statt fand. Waren dem Gläubiger gewiſſe Güter des Schuldners für die Forderung verſchrieben, ſo bedurfte es freylich dieſer Procedur nicht, weil nun der Gläubiger nur bloſs in dieſe ihm verſchriebenen Güter eingewieſen werden konnte, auch eigentlich nur auf dieſe Einweiſung zu beſtehen ein Recht hatte. — Aber wenn dies nicht der Fall war, ſo trat das vorhin beſchriebene Verfahren ein, und erfolgte nun, wenn der Schuldner eine Zeit lang im Gefängniſſe geſeſſen hatte und niemand ſich zu ſeiner Auslöſung finden wollte, er auch ſolche ſelbſt nicht bewirken konnte, der entſcheidende Streich, wo nach den oben ausgeführten Umſtänden dem Gläubiger entweder nur die Güter des Schuldners [y]) oder auch das Caput deſſelben zugeſprochen wurde.

Wenn mehrere Gläubiger vorhanden waren, ſo fand ohne allen Zweifel ein gemeinſchaftliches Recht derſelben an dem Vermögen des Schuldners, oder wenn der Schuldner Sclave werden muſste, eine gemeinſchaftliche Sclaverey Statt. Vorzüge der Forderungen vor einander kamen auch zuverläſſig bey den Griechen nicht vor. Das Unterpfand konnte ſie nicht hervor bringen, denn es ging abgeſondert. Die verpfändeten unbeweglichen Sachen des Schuldners wurden auch ſofort unter öffentlicher Auctorität, und um aller Colliſion mehrerer Pfandrechte an einer und eben derſelben Sache vorzubeugen, ausgezeichnet, [z]) und die beweglichen gleich bey der Verpfändung in die Hand des Gläubigers überlaſſen, wobey die Geſetze ſo wohl dem Schuldner als ſeinen Erben alles Recht an dieſen Sachen abſprachen, wenn ſolche nicht zur beſtimmten Zeit eingelöſet wurden, weil nun das interimiſtiſche und widerrufliche Eigenthum des Gläubigers in ein fortdauerndes und unwiderrufliches verwandelt wurde. [a]) Zuverläſſig wuſsten auch die Griechen von Privilegien der Schuldner und der Gläubiger nichts.

x) *Demoſten.* in *Apat.*, p. 933. Eben derſelbe in *Ariſtogit.*, p. 837.

y) *Petit.* in *Comm. ad leges Attic.*, V, 4, pag. 508.

z) *Petit. l. c.*, V, 4, pag. 506.

a) Die Worte des Geſetzes beym *Petit. l. c.*, „Εἰς ἃ τὶς ἀπετίμησεν, μὴ εἶναι δίκας οὔτ᾽ αὐτοῖς, οὔτε κληρονόμοις,“ gehen jedoch auch auf die Verpfändung unbeweglicher Sachen, wenn dieſe dem Gläubiger ſchon waren zugeſprochen worden.

wenn man es nicht etwa als Privilegium des Schuldners ansehen will, daſs dieser seinem Gläubiger nicht sein Handwerkszeug und seine zum Ackerbau nöthigen Geräthschaften verpfänden, und daher auch wohl schwerlich der Gläubiger an solche Sachen überall kommen durfte.

Ob man sich von Seiten des Staats bey den Griechen weiter in das Schuldenwesen gemischt habe, als daſs man den Gläubigern das Vermögen des Schuldners, und auch, nach Umständen, wohl seine Person zusprach, ist ein Problem, das ich nicht zu lösen wage! Die Auszeichnung der verpfändeten Güter unter obrigkeitlicher Auctorität, und der bestimmtere Gang, den das Schuldenwesen seit dem Solon nahm, lassen allerdings vermuthen, daſs man, wenigstens bey den Atheniensern, auch nachdem das Vermögen des Schuldners den Gläubigern war zugesprochen worden, sich noch ferner von Seiten des Staats in das Schuldenwesen gemischt, und theils das Abkommen unter den Gläubigern getroffen, theils auf das Beste des Schuldners werde Bedacht genommen haben. — Auch Solon war es, der zuerst die Strafe der Ehrlosigkeit auf den muthwilligen Bankerott setzte, und denjenigen, der dem öffentlichen Schatze schuldig blieb, der bürgerlichen Rechte so lange für verlustig erklärte, bis er die Schuld bezahlt hatte. [b])

ZWEYTES KAPITEL.

B. Bey den Römern. — a. Zeiten der Könige.

Bey den Römern, diesem so cultivirten Volke der Vorzeit, dem wir noch den beträchtlichsten Theil unsers in Deutschland geltenden Rechts zu verdanken haben, war gleichfalls in den frühesten Zeiten ihrer Staatsverbindung und in den Zeiten der Könige das Loos der Schuldner, die ihre Gläubiger nicht befriedigen konnten, die Sclaverey. [c]) — Wenn auch die Römer, wie doch fast nicht zu bezweifeln ist, nicht Abkömmlinge Griechischer Colonien seyn sollten, und wenn es uns aus den frühesten Zeiten dieses so wichtigen Volks, wie dies doch wieder

b) *Diogen. Laert.* I, 2, 55.

c) *Car. Sigonius de antiquo iure populi Romani*, Lib. I, C. 6, pag. 9.

nicht der Fall ist, [d]) an allen Nachrichten fehlte; so würde sich doch aus einer gewissen Uebereinstimmung der Sitten und Gebräuche bey den Völkern der alten Welt, unter Voraussetzung eines bestimmten Grades von Cultur, ingleichen aus dem Inhalte der hinten folgenden Zwölf-Tafel-Gesetze, diese Behauptung sehr leicht rechtfertigen lassen.

Die Sclaverey der Schuldner war bey den Römern zu Anfang des Staats gewiss sehr drückend, so drückend, als sie kaum bey irgend einem Volke der alten Welt gewesen seyn mag. — Es ist eine bekannte Sache, wie hart die Römer in den frühesten Zeiten ihre Sclaven behandelten, und es läst sich, bey der geringen Cultur des Volks, nicht wohl annehmen, dass man die in die Sclaverey verstossenen Schuldner gelinder als die übrigen Sclaven werde behandelt haben. Indess machte man doch auch schon in der Kindheit des Römischen Staats einen Unterschied zwischen eigentlichen Sclaven und in die Sclaverey verstossenen Schuldnern, so dass die Erstern als Sachen, die Letztern hingegen ihrer Sclaverey ungeachtet nach wie vor, d. h.: so lange sie noch in der Gewalt der Gläubiger standen, als Personen und Bürger des Staats angesehen wurden. [e]) — Und daraus, dass die Sclaverey der Schuldner, selbst in den frühesten Zeiten des Römischen Staats, keine eigentliche und wahre Sclaverey war, läst sich dann auch so viel mit Grund schliessen, dass dem Gläubiger nicht frey stand, über Leben und Tod des Schuldners zu verfügen, wenn man ihm gleich sonst das Recht zugestand, den Schuldner ganz als seinen Sclaven zu behandeln, ihn zu den niedrigsten Sclavendiensten zu gebrauchen, zu züchtigen, zu binden und in ein Privat-Gefängniss zu führen, auch, um desto geschwinder zu seiner Befriedigung zu gelangen, zu verkaufen.

So wenig man auch übrigens bis auf die Zeiten der Zwölf-Tafel-Gesetze das weitere Verhältniss der in die Sclaverey ihrer Gläubiger gerathenen Schuldner theils zu diesen, theils zu den übrigen Bürgern des Staats kennt, und daher auch nicht mit Gewissheit bestimmen kann, ob die Sclaverey nur blos zur Hülfe oder hauptsächlich Statt gefunden habe; so sind doch weit mehr Gründe für das letztere als für das erstere vorhanden. Denn eines Theils findet man bey allen

d) Vergleiche die folgenden Noten.

e) In dem folgenden Kapitel findet man eine umständliche Erörterung dieses anscheinenden Widerspruches.

Völkern Griechischen Ursprungs, dafs die Sclaverey der Schuldner immer hauptsächlich Statt gefunden hat, und andern Theils erkennen die Zwölf-Tafel-Gesetze, von welchen ich hernach weitläuftig handeln werde, das Princip von der hauptsächlichen Sclaverey der Schuldner an. Es läfst sich auch nicht vermuthen, dafs man in den Zwölf-Tafel-Gesetzen von einem neuen Princip ausgegangen sey, sondern dafs man sich an das Alte, was bisher durch Herkommen und Gewohnheit sanctionirt war, werde angeschlossen haben. Zwar scheint es, nach dem *Dionysius von Halicarnafs*, f) als wenn die Sclaverey der Schuldner nur zur Hülfe in den Zeiten der Könige bey den Römern Statt gefunden habe, allein dieser Geschichtschreiber ist eines Theils da, wo es aufs Detail ankommt, ein sehr unsicherer Führer, und andern Theils hat er sich über diesen Umstand nicht bestimmt erklärt.

Die Sclaverey der Schuldner hat bey den Römern ohne allen Zweifel bis auf die Zeiten der Zwölf-Tafel-Gesetze fortgedauert, in welchen sie gesetzliche Bestätigung erhielt. Das Versprechen, welches, nach dem *Dionys von Halicarnafs*, g) Servius Tullius dem Volke leistete, sie abzuschaffen, und die Gläubiger zu zwingen, sich blofs an das Vermögen des Schuldners zu halten, ist entweder nie in Erfüllung gegangen, oder wenn solches, so ist doch das darauf erfolgte Gesetz von keiner langen Dauer gewesen. Denn Servius Tullius beklagt sich bald hernach selbst über die vielen Hindernisse, welche ihm von den Patriciern und Reichen, besonders in dieser Hinsicht, in den Weg gelegt wurden, h) und Tarquin der Stolze schaffte bekanntlich alle Gesetze seiner Vorgänger, und damit auch das Schulden-Edict des Servius Tullius, wenn es überall vorhanden war, ab.

Das Verfahren in Schuldsachen bey den Römern vor den Zeiten der Zwölf-Tafel-Gesetze ist zwar ganz unbekannt, indefs läfst sich theils aus der dürftigen Gerichtsverfassung der Römer in dieser Periode, theils aus dem, was hernach in den Zwölf-Tafel-Gesetzen vorkommt, mit Recht der Schlufs machen, dafs es im höchsten Grade summarisch war. Die weitläuftige Procedur der Zwölf-Tafel-Gesetze fand gewifs noch nicht Statt, wenn ich gleich gerne zugebe, dafs man dem

f) *Antiq. Romanar.* IV, p. 215, in den Worten: μηδένα δανείζειν ἐπὶ σώμασιν ἐλευθέροις, ἱκανὸν ἡγούμενος τοῖς δανεισταῖς τὰς οὐσίας τῶν συμβαλλόντων κρατεῖν.

g) *l. c.*

h) *Dionyf. Halic. l. c.*, p. 216.

Schuldner, wenn er entweder die Schuld eingeſtanden hatte, oder ſonſt derſelben war überführt worden, Aufſchub gegeben haben mag, ehe man ihn dem Gläubiger als Sclaven zuſprach, oder dieſem, wie es nach dem *Dionys von Halicarnaſs* ſcheint, ohne eine ſolche förmliche Addiction erlaubte, den Schuldner als ſeinen Sclaven zu behandeln. Von Privilegien des Schuldners ſo wohl als der Gläubiger wuſste man jetzt gewiſs noch nichts, und eben ſo wenig konnte von Vorzügen der Forderungen vor einander die Rede ſeyn. Selbſt die mehrern Arten, wie man bey den Griechen Gelder anlieh, waren den Römern ganz unbekannt, und das Pfandrecht, wenn es überall ſehr gewöhnlich in dieſem Zeitalter war, konnte, da es überhaupt nur an beweglichen Sachen Statt fand und mit dem *pacto fiduciae* jetzt noch unzertrennlich verbunden war, ſolchen Vorzug nicht gewähren, ſondern muſste für ſich beſonders gehen. Dazu fand überall kein Recht der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners Statt, ſondern es war daſſelbe bloſs auf deſſen Perſon eingeſchränkt, wie ich in den folgenden Kapiteln umſtändlich zeigen werde.

Ob und wie weit man ſich von Seiten des Staats in das Schuldenweſen gemiſcht habe, erhellet nirgends. — Die Einmiſchung kann indeſs, wie ſich aus den folgenden Kapiteln ergeben wird, nicht beträchtlich geweſen ſeyn, und eine Strafe für böſe Schuldner fand gewiſs nicht Statt. [i])

Wenn es ſeine Richtigkeit hat, (und daran läſst ſich, nach den wiederhohlten ſcharfſinnigen Unterſuchungen eines *Glück*, [k]) faſt nicht mehr zweifeln,) daſs die Papirianiſche Rechtsſammlung nicht bloſs auf das gottesdienſtliche Recht der Römer eingeſchränkt geweſen iſt, und daſs ſolche nicht bloſs die Geſetze der Könige, ſondern auch das Gewohnheitsrecht der Römer in der erſten Periode des Staats in ſich begriffen habe: ſo iſt der Verluſt derſelben um ſo mehr zu bedauern, als wir durch ſie gewiſs nicht nur genauere Aufſchlüſſe über das Schuldenweſen bey den Römern vor den Zeiten der Zwölf-Tafel-Geſetze würden erhalten können, ſondern auch ohne Zweifel dadurch in den Stand geſetzt würden,

i) *Io. Gottl. Heineccii Antiquit. Roman.*, P. II, p. 97.

k) In der Abhandlung: *De iure civili Papiriano*, Hal. 1781, und in *Opusc. iur. civil.*, ed. nov. et auct., *Faſc.* II.

die Geſetze der zwölf Tafeln, in ſo fern ſie vom Schuldenweſen handeln, ſo zu erklären, daſs aller Widerſpruch wegfallen müſste.

DRITTES KAPITEL.

b. Zeiten der freyen Republik. *α. Geſetz der zwölf Tafeln.*

Die Zwölf - Tafel - Geſetze beſtätigen die Sclaverey der Schuldner, und beſtimmen das Verfahren genau, welches für die Zukunft bey den Römern in Schuldſachen beobachtet werden ſollte. Es iſt die dritte Tafel, welche faſt ausſchlieſsend dieſem Gegenſtande gewidmet iſt. Da es das erſte beſtimmte Geſetz bey den Römern über das Schuldenweſen iſt, worauf ſich alle folgende Geſetze, ſo weit wir ſie kennen, beziehen, [l]) ſo will ich die Worte des Geſetzes ſelbſt herſetzen, und ſolche mit einem fortlaufenden Commentare begleiten. Nur muſs ich es mir erlauben, einige allgemeine Bemerkungen vorauf zu ſchicken, die zugleich als Einleitung angeſehen werden können.

Nicht nur *Ev. Otto*, [m]) ſondern auch alle beſſere Erklärer [n]) der Zwölf-Tafel - Geſetze haben es bemerkt, daſs in die Zwölf - Tafel-Geſetze nicht bloſs Griechiſches Recht, wie man ehedem irrig glaubte, ſondern auch das frühere Römiſche Recht, d. h.: das zu den Zeiten der Könige vorhanden war, mit aufgenommen worden, und daſs die Nachricht des *Pomponius* in der *L.* 2, §. 3, *D. de Orig. Iur.* entweder übertrieben, oder auch nur von der einſtweiligen Suspen-

l) Eine hiſtoriſche Skizze dieſer Geſetze hat *Jo. Fr. Weyſser*, (*Spec. hiſtoriae legum de debitoribus obaeratis*, Tubing. 1761,) geliefert. — Ueber den Zuſtand und die Gerechtſamen der Schuldner bey den Römern im Allgemeinen hat *Jo. Herrm. von Raadt*, (D. *de ſtatu, condit. et iurib. debitorum obaerator.*; in *Oelrichs Theſ. nov.*, Vol. III, T. I, N. 4,) gehandelt. Ich führe dieſe letztere Schrift darum erſt hier an, weil ſie mit den Zwölf - Tafel - Geſetzen eigentlich anfängt.

m) In D. *de LL. XII Tabular.*; in Tom. III *Theſ. iur. civil.*, zu Anfange.

n) Vergleiche insbeſondere *Nic. Funccii Leges* 12 *Tabul.*, Rint. 1744, *Diſſ. praeliminar.* — *Commentaire ſur la Loi des douze Tables, par Mr. Bouchaud*, à Paris 1787, Disc. prael.; und *Aloyſ. L. B. a Locella Tentamina ad illuſtr. LL.* 12 *Tabul.*, Vienn. 1754, Praem.

ſion der königlichen Geſetze zu verſtehen ſey. [o]) — Der ſcharfſinnige *Bouchaud* [p]) hat ganz Recht, wenn er behauptet, daſs die Decemvirn verſchiedene Anordnungen des Solon, weil ſie viel zu gelinde waren, und andere deſshalb verworfen haben, weil ſie auf die Römiſche Verfaſſung nicht paſsten, ob ich gleich darum mit ihm dem *Cicero* [q]) noch keinesweges Recht geben kann, welcher von dieſem Verfahren Gelegenheit nimmt, die Römiſche Geſetzgebung der Griechiſchen weit vorzuziehen. Denn die Klugheit des Geſetzgebers und die Weisheit der Geſetze ſelbſt ſind meines Bedünkens himmelweit verſchiedene Dinge.

Wenn die vorſtehende Behauptung, daſs in die Zwölf-Tafel-Geſetze, ſelbſt mit Verwerfung der Anordnungen Griechiſcher Geſetzgeber, alt-Römiſche Geſetze aufgenommen worden, auch weiter gar nicht, (woran es doch die neuern Erklärer der Zwölf-Tafel-Geſetze nicht haben fehlen laſſen,) nachgewieſen werden könnte; ſo würde doch ſchon die dritte Tafel über das Schuldenweſen allein hinlänglich ſeyn, ſolche zu bewahrheiten. *Solon* hob, wie ich oben gezeigt habe, die Sclaverey der Schuldner auf, und milderte überall das Verfahren in Schuldſachen. Hier aber wird nicht nur die Sclaverey der Schuldner, ſo wie ſie in den Zeiten der Könige Statt fand, beſtätigt, ſondern auch ein ſehr rigoröſes Verfahren in Schuldſachen eingeführt.

Ich kann hier die Lobeserhebungen, welche die ſpätern Römiſchen Juriſten und Philoſophen von den Zwölf-Tafel-Geſetzen aus ſo mancherley Hinſichten machen, [r]) und worin viele unſrer heutigen Rechtslehrer mit ihnen überein ſtimmen, hier ganz auf ſich beruhen laſſen, da ich es nicht mit den Zwölf-Tafel-Geſetzen im Ganzen, ſondern nur mit der dritten Tafel, in ſo fern ſie ſich mit dem Schuldenweſen beſchäftigt, zu thun habe. — Nur dies darf ich nicht mit Stillſchweigen übergehen, daſs die Alten den Zwölf-Tafel-Geſetzen deſshalb vorzüglich ein Compliment machen, weil ſie ſich der Natur ſo genau anſchlöſſen, welches nach einer richtigen Erklärung weiter nichts heiſst, als daſs

o) Vergleiche insbeſondere *Bouchaud l. c.*, p. 69 ſeq., der am weitläufigſten von allen Erklärern der Zwölf-Tafel-Geſetze dieſen Gegenſtand bearbeitet hat.

p) *L. c.*, p. 71 ſeq.

q) *De Oratore*, L. I, C. 44.

r) Vergleiche *Conr. Rittershuſii Dodecadeltos S. in 12 Tabul. Leges Commentar.*, p. 7, und *Bouchaud l. c.*, p. 149 ſeq., wo die einzelnen Stellen der Alten, die hierher gehören, geſammelt ſind.

die darin angenommenen Grundſätze ſich von den Grundſätzen des natürlichen Rechts entweder gar nicht oder doch nicht ſehr weit entfernten. [s])

Es iſt dieſes den Zwölf-Tafel-Geſetzen ertheilte Lob keinesweges übertrieben. Nur muſs man dabey nicht aus der Acht laſſen, daſs mehrere, bereits in der Verfaſſung des Staats liegende, oder ſonſt durch veraltete Sitten und Gewohnheitsrechte eingeführte, poſitive Beſtimmungen die Decemvirn veranlaſsten, häufig von den Grundſätzen des natürlichen Rechts abzuweichen, an welche ſie ſich ſonſt gewiſs noch genauer würden angeſchloſſen haben. Zwey vorzügliche Beyſpiele davon geben die Verfügungen der Zwölf-Tafel-Geſetze über die Inteſtat-Succeſſion und das Schuldenweſen. Dort nahmen die Decemvirn zwar die Verwandtſchaft mit den Verſtorbenen als Grund der Inteſtat-Erbfolge an, aber das Agnations- und Familienrecht behinderte ſie, denſelben allgemein zu machen; und hier erkannten ſie den Grundſatz des natürlichen Rechts: daſs alle Verbindlichkeiten einer Perſon zuvörderſt auf ſie ſelbſt, und hiernächſt auf ihr Vermögen fallen, zwar im Ganzen an, allein die Begriffe, welche über die Strenge der Verbindlichkeiten und das Eigenthum einer Perſon, ingleichen über die Beſchaffenheit der Sclaverey der Schuldner, einmahl im Gange waren, behinderten ſie, dieſem Satze ſeine volle Ausdehnung in der bürgerlichen Geſellſchaft zu verſchaffen. [t])

Es kann immer ſeyn, daſs die Decemvirn entweder aus Haſs gegen die niedere Volksclaſſe, die den Reichen ſchon in den Zeiten der Könige ſo viel zu ſchaffen machte, oder weil es die damahlige uns unbekannte Lage des Staats erforderte, die eine oder die andere ſehr rigoröſe Verfügung den Zwölf-Tafel-Geſetzen einverleibt haben. Aber ſie durften dabey gewiſs die Strenge nicht überſchreiten, die ſchon durchs Herkommen geheiligt war, am allerwenigſten Grauſamkeiten, die ſelbſt bey Barbaren unerhört ſind, in dieſelben aufnehmen. — Wenn eine ſolche anſcheinend grauſame Anordnung in den Ueberbleibſeln der

s) Ich will hier nur der Kürze halber auf *Cicero de LL.*, II, 24 und 25, verweiſen, wo die Worte: *Haec habemus in duodecim, ſane ſecundum naturam, quae norma Legis eſt*, und: *Gaudeo, noſtra iura ad naturam accommodari, Maiorumque ſapientia admodum delector*, vorzüglich Aufmerkſamkeit verdienen.

t) Ich werde von dieſen Grundſätzen in den folgenden Kapiteln eine wichtige Anwendung machen, und verweiſe hier vorläufig darauf.

Zwölf-Tafel-Gesetze, welche wir noch besitzen, vorkommt; so haben, bey genauer Untersuchung der Sache, die Decemvirn entweder im figürlichen Sinne gesprochen, oder die Worte des Gesetzes sind wegen Länge der Zeit so dunkel, daſs man sie nicht mehr verstehen kann, oder es ist auch endlich wohl gar an der Aechtheit des Textes zu zweifeln. Der neueste Erklärer der Zwölf-Tafel-Gesetze, **Bouchaud**, u) hat das, was ich hier zuletzt bemerkt habe, mit zu vielen Beyspielen aus den Zwölf-Tafel-Gesetzen selbst belegt, als daſs ich nicht geradezu auf ihn verweisen könnte. — Und wie ist es überall von uns zu verlangen, daſs wir von allen und jeden Stellen der Zwölf-Tafel-Gesetze den Sinn richtig sollten angeben können, da selbst die spätern Römischen Juristen zugestehen müssen, daſs sie ihn nicht zu entwickeln im Stande sind. v)

Ich komme nach dieser Vorerinnerung, oder wie man es sonst nennen mag, nun zu den Zwölf-Tafel-Gesetzen selbst, die ich, so weit sie das Schuldenwesen betreffen, hierher zu setzen oben versprochen habe. Es ist das vierte Gesetz der dritten Tafel, das vom Schuldenwesen handelt und in mehrere Abschnitte zerfällt.

I. AIRIS. *Confesei. Rebosq. Ioured. Ioudicateis. XXX. Dies. Ioustei. Suntod.* w)

Ich kann in Ansehung der Anfangsworte dieses Abschnittes so wenig denjenigen beypflichten, welche *Aeris confessis* lesen, und wohl gar noch das Wort: *reis*, einschieben, x) als der Conjectur des **Bynckershoeck**, y) welcher den Text folgender Gestalt herstellt: *Reis confessis rebusve iure iudicatis* etc., z)

u) *L. c.*, p. 156 seq.

v) Vergleiche die folgende Ausführung.

w) Ich habe hier so wohl als bey den folgenden Abschnitten des Zwölf-Tafel-Gesetzes den Text in der Ursprache, so wie er sich auch bey **Funccius** und **Bouchaud** befindet, mit gutem Bedachte abdrucken lassen, weil ich es für zweckmäſsiger hielt, ihn so, als in der Paraphrase zu geben.

x) Dies thut insbesondere *Lud. Charondas* in *Lib. sing. ad leg. 12 Tabular.*, p. 8.

y) *Obs. iur. Rom.*, L. I, C. 1.

z) Ich übergehe hier absichtlich diejenigen, welche sich einer gewaltsamen Correction des Textes schuldig gemacht haben, z. B. den **Salmasius**, (*de modo usurar.*, C. 18, p. 818,) der *Aeris confessi ac debiti iudicatis* gelesen wissen will. — Was von solchen Rechtslehrern, die den Text gewaltsam verbessern, zu halten sey, hat **Walch**, (in *Not. ad Eccard. Hermeneut. iurid.*, I, 2, 52*), pag. 47,) sehr treffend ausgeführt.

ſondern ich muſs mich geradezu für die gemeine Meinung erklären, welche den Text, ſo wie ich ihn hergeſetzt habe, annimmt und für unverdorben hält. Allein ich kann mich auch zugleich nicht entſchlieſsen, der Behauptung des *Hottomann*,[a]) die, ſeitdem ſie *Rittershus*[b]) angenommen hat, faſt von allen ſpätern Erklärern der Zwölf-Tafel-Geſetze, und ſelbſt von *Bouchaud*,[c]) zu eigen gemacht worden iſt, meinen Beyfall zu geben, der bey den Worten: *Aeris confeſſi*, eine Auslaſſung, (nämlich des Worts: *nomine*,) finden will, welche, ſeinem Vorgeben nach, die Decemvirn von den Griechen, bey welchen dergleichen Auslaſſungen gewöhnlich waren, entlehnt hätten. — Es iſt eine bey den Philologen längſtens ausgemachte Sache, daſs bey den alten Lateinern eben ſo gut ein *nominativus conſecutivus* als *ablativus conſecutivus* Statt fand, und beyde durch die Conjunction *et* oder *que* verbunden auf einander folgen konnten; und daſs dies auch hier der Fall ſey, iſt gar keinem Zweifel unterworfen, wenn man nur den Text einer genauen Anſicht würdigt. — Unter dieſer Vorausſetzung fällt denn auch die Verbeſſerung des *Hottomann*,[d]) welcher ſtatt des Worts: *Rebusque*, *Rebusve* geleſen, und die verbundene Rede in eine getrennte umgeſchaffen wiſſen will, ſo wohl, als der Vorſchlag anderer Erklärer der Zwölf-Tafel-Geſetze, das Wort: *Iure*, wegzulaſſen, dahin. Denn zu geſchweigen, daſs *Gellius*[e]) ſelbſt, dem wir bekanntlich faſt ausſchlieſsend die dritte Tafel des Zwölf-Tafel-Geſetzes, in ſo weit ſolche vom Schuldenweſen handelt, zu verdanken haben, das Wort: *Iure*, aufgenommen hat; ſo gründet ſich dieſe Verbeſſerung des Textes ſo wohl, als die, welche *Hottomann* bey dem Worte: *Rebusque*, vorgeſchlagen hat, lediglich darin: daſs man ſich wegen der Anfangsworte: *Aeris confeſſi*, im Zuſammenhange mit den darauf folgenden: *Rebusque iure* etc., ehedem keinen richtigen Sinn denken konnte, welcher aber nach dem, was ich darüber bemerkt habe, ohne alle Schwierigkeit zu finden iſt.[f])

a) *Antiquit.*, L. 3, p. 484.
b) *L. c.*, C. XI, pag. 197.
c) *L. c.*, pag. 399.
d) *L. c.*, p. 485.
e) In *N. A.*, XV, 13, und XX, 1.
f) Ich kann bey dieſer Gelegenheit nicht unterlaſſen, denjenigen, welche ſich mit der Erklärung der Zwölf-Tafel-Geſetze für die Zukunft, (denn bey allen noch ſo trefflichen Verſuchen, die wir bereits haben, bleibt doch noch ſo viel zu thun übrig,) beſchäftigen werden, ins Gedächtniſs zu bringen, was *Barbeyrac*, (in Orat. *de ſtudio iuris recte inſtituendo*, p. 8,) überhaupt von der Erklärung des Römiſchen Rechts ſagt: *Certe plurima ſunt iuris Romani capita, quorum explicatio*

Der wahre Sinn des Gesetzes ist hiernach dieser: Wenn ein Schuldner seine Schuld anerkannt hat, und gesetzmäfsig zur Bezahlung derselben ist verurtheilt worden, so soll ihm zur Leistung der wirklichen Zahlung ein Aufschub von dreyfsig Tagen zugestanden werden. — *Rittershus* g) hat sehr richtig bemerkt, dafs das Wort: *Aeris*, nicht von einer blofsen Geldschuld, sondern auch von jeder andern Leistung zu verstehen sey, die Geldeswerth hat. — Wenn gleich das Gesetz blofs von Schuldnern spricht, die die Schuld anerkannt haben, so folgt doch aus dem Geiste und der Absicht des Gesetzes, dafs auch diejenigen Schuldner mit unter demselben begriffen sind, welche von dem Gläubiger der Schuld auf eine andere Art sind überführt worden. — Und wenn darin von rechtmäfsiger Verurtheilung des Schuldners, oder vielmehr von rechtmäfsiger Aburtheilung der Schuldsache, die Rede ist, so ist das nichts besonderes, sondern etwas dem juristischen Sprachgebrauche Eigenthümliches, weil niemand, ohne zuvor gehörig überführt worden zu seyn, und ohne dafs die vorgeschriebene Form des rechtlichen Verfahrens beobachtet worden, verurtheilt werden darf, als welches zusammen die rechtmäfsige Verurtheilung oder Aburtheilung ausmacht. Ich müfste mich sehr irren, oder diese billige Nachsicht, welche man dem Schuldner zur Anschaffung der Geldsumme, zu deren Bezahlung er war verurtheilt worden, zugestand, wurde von den Decemvirn aus den Griechischen Gesetzen entlehnt, wenn man gleich darum, wie ich auch schon oben bemerkt habe, nicht annehmen kann, dafs bey den Griechen dem Schuldner ebenfalls dreyfsig Tage Aufschub gegeben worden. Während dieser Zeit waren die Rechte des Gläubigers gleichsam suspendirt, und dieser auf keine Weise befugt, von dem Schuldner die Zahlung gerichtlich einzutreiben, oder ihn auch nur aufsergerichtlich defswegen zu drängen. Ich lasse es übrigens dahin gestellt seyn: ob

ex vi proprietatis aut etymologia vocum quarundam unice pendet. — An diesem ersten Abschnitte des Zwölf-Tafel-Gesetzes über das Schuldenwesen haben wir schon von der Richtigkeit dieser Behauptung ein wichtiges Beyspiel. — Weil man mit der Eigenthümlichkeit und der Etymologie mehrerer Wörter der Zwölf-Tafel-Gesetze nicht bekannt ist, oder sich nicht bemühet, damit bekannt zu werden; so versucht man Verbesserungen des Textes, die nicht nur gar keine Verbesserungen sind, sondern auch einen ganz andern Sinn geben.

g) *L. c.*, p. 197.

ob die Benennung: *Iusti dies*, vom Militär entlehnt worden,[h]) bey welchem man *iusti dies* diejenigen Tage nannte, an welchen es nicht erlaubt war, den Feind anzugreifen, und solche den *Dies proeliares*, wo dies geschehen konnte, entgegen setzte;[i]) oder ob nicht vielmehr überall die Redensart: *Iusti sunto*, eine gewisse gesetzliche Befugniss ausdruckt, und man daher von derselben so wohl vor Gericht als bey der Armee zufällig gleichen Gebrauch gemacht habe. — Den *Gellius*[k]) kann man hier eben so wenig als Führer brauchen, als der Meinung des einen oder des andern Rechtsgelehrten unbedingten Beyfall geben.

II. POSTIDEA. *Manuis. Endojactiod. Estod. Endo. Ious. Ducitod.*

Die *Scaligersche*[l]) Verbesserung des Textes durch: *Postidea. Indu. Manus. Iactio. Esto. In. Ious. Ducito.*, die auch *Merula*[m]) annimmt, ist von *Bouchaud*[n]) mit Recht verworfen worden. *Gellius*[o]) hat uns diesen Abschnitt des Zwölf-Tafel-Gesetzes in der neuern und bessern Sprache so überliefert: *Post deinde manus iniectio esto, in Ius ducito.* Will man ihn aber in der Ursprache geben, so giebt man ihn so am richtigsten, wie ich ihn nach *Funccius* und *Bouchaud* hier gegeben habe. Beyde Rechtslehrer haben sehr richtig bemerkt, dass die alten Römer statt *post deinde: Postidea*, statt *manus:*

h) Dieser Meinung ist besonders *Funccius*, *l. c.*, p. 175, und *Bouchaud*, *l. c.*, p. 400, not. *), zugethan. — Sonst findet man sie auch schon bey *Hottomann* und andern ältern Rechtslehrern. *Rittershus*, *l. c.*, p. 198, der sich übrigens nicht entscheidend erklärt, glaubt, dass sie dadurch noch besondere Unterstützung erhalte, dass überall die Alten in gerichtlichen Angelegenheiten sich von den Soldaten entlehnter Redensarten bedient, z. B. der Redensarten: *pugnare*, *confligere*, *induciae*, u. s. f.

i) *Festus* Voc.: *Iusti dies.*

k) In *N. A.*, XX, C. 1: „*Eos dies Decemviri iustos appellaverunt, velut quoddam iustitium, id est, iuris inter eos quasi interstitionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi posset.* — Wie übrigens *Rittershus*, *l. c.*, p. 199, die *Marcilische* Verbesserung, nach welcher statt *inter eos: inter reos* gelesen werden muss, hier so sehr billigen kann, ist mir unbegreiflich, da *Gellius* sich auf den Gläubiger und Schuldner, von welchem kurz vorher die Rede gewesen war, bezieht, und daher allerdings *inter eos* gelesen werden muss, wenn die Stelle den gehörigen Sinn haben soll.

l) In *Emend. ad Fest.*, Voc.: *Nervus.*

m) *De LL. Roman.*, C. 22.

n) *L. c.*, p. 401.

o) In *N. A.*, XX, Cap. 1.

Manuis, und ſtatt *iniectio*: *Endoiactiod* ſagten, und dieſe ihre Bemerkungen durch Stellen der Claſſiker unterſtützt.

Der eigentliche Sinn dieſes Abſchnitts des Zwölf-Tafel-Geſetzes iſt dieſer: Wenn die dem Schuldner verſtattete Friſt von dreyſsig Tagen vorüber iſt, ohne daſs er den Gläubiger zufrieden geſtellt hat, ſo ſoll ihn dieſer von neuem vor den Staatsbeamten, der die Gerichtsbarkeit hat, fordern können. — Das *Manuis. Endoiactiod. Eſtod.* bezieht ſich auf die in den Zwölf-Tafel-Geſetzen bekanntlich erlaubte *Vocatio in ius privata*. — Die Vorladung des Schuldners vor den Richter von neuem, hat keinesweges den Zweck, die Schuldſache nochmahls mit dem Gläubiger aufzunehmen, da ſie bereits abgeurtelt war; ſondern bloſs den: die Execution der Sentenz von dem Richter zu erhalten, oder beſſer, um durch den Richter beſtimmen zu laſſen, was für ein rechtliches Verhältniſs in Zukunft zwiſchen dem Gläubiger und dem Schuldner Statt finden ſolle. — Denn wenn auch die Zwölf-Tafel-Geſetze die Sclaverey der Schuldner und das Recht der Gläubiger unmittelbar an dem Körper derſelben anerkannten, ſo wollten ſie doch, daſs ſolches zuvor von dem Richter autoriſirt werden ſollte, ehe der Gläubiger davon Gebrauch machen dürfe. — Und über dies konnte ja eher unter richterlicher Auctorität ein Abkommen zwiſchen den Parteyen dahin getroffen werden, daſs entweder der Gläubiger noch dem Schuldner Dilation ertheilte, oder auf andere Art die Rechte des Gläubigers an der Perſon des Schuldners abgehalten wurden.

III. NEI. *Ioudicatom. Facſit. Aut. Quips. Endo. Eo. Im. Ioure. Vindicit. Secom. Ducitod. Vincitod. Aut. Nervod. Aut. Compedibus. XV. Pondo. Nei. Maioſed. At. Sei. Volet. Minoſe. Vincitod.*

Beym *Gellius* p) lauten die Worte der Zwölf-Tafel-Geſetze in der verbeſſerten Sprache folgender Geſtalt: *Ni iudicatum facit, aut quis endo eo in iure vindicit, ſecum ducito, vincito aut nervo, aut compedibus quindecim pondo*

p) L. c.

ne minore, aut ſi volet maiore, vincito, und *Scaliger* [q]) macht einige geringfügige Verbeſſerungen des Textes, die aber auf den Sinn ſelbſt weiter keinen Einfluſs haben. *Funccius* [r]) und *Bouchaud* [s]) haben wieder zur Rechtfertigung des Textes bemerkt, daſs die alten Römer ſtatt *fecerit: Faxit*, ſtatt *quis: Quips*, und ſtatt *eum: Im* ſetzten. — Aber ein allerdings ſehr wichtiger Umſtand iſt es, daſs die Worte der Zwölf-Tafel-Geſetze: *XV pondo nei maioſed, at ſei volet, minoſe vincitod*, beym *Gellius* gerade umgekehrt: *Quindecim pondo ne minore, aut ſi volet maiore, vincito*, vorkommen. — Die Meinung, daſs der Text beym *Gellius* unverdorben ſey, und daſs die Decemvirn, um recht rigorös gegen den Schuldner zu verfahren, ſelbſt den Gläubiger dadurch einſchränken wollen, nicht mit zu groſser Gelindigkeit gegen den Schuldner zu handeln, iſt eben ſo ungereimt, als überall die Behauptung iſt, daſs die Decemvirn die Verfügungen, welche in den Zwölf-Tafel-Geſetzen in Schuldſachen vorkommen, aus Haſs gegen die Plebejer ſo ausnehmend hart erlaſſen hätten. Wenn auch nicht andere näher liegende Gründe vorhanden wären, [t]) den Text des *Gellius* hier durch die Abſchreiber verdorben anzuſehen, und ihn daher auf die obige Art zu verbeſſern: ſo würde ſchon allein der Umſtand eine ſolche Verbeſſerung rechtfertigen: daſs die Decemvirn, bey dem von ihnen in Schuldſachen eingeführten Verfahren, den Schuldner auf alle mögliche Art ſeinen Gläubigern zu entreiſsen ſuchten; daſs ſie ihm zuerſt eine Nachſicht von dreyſsig Tagen angedeihen lieſsen; daſs ſie hierauf noch verſucht wiſſen wollten: ob der Schuldner nicht durch Findung eines Bürgen oder auf eine ſonſt nur denkbare Art den Gläubiger zufrieden ſtellen könnte; und daſs ſie endlich überall jede gütliche Uebereinkunft zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner unterſtützten. — Dabey läſst es ſich denn ſehr gut denken, daſs die Decemvirn, wenn endlich der Schuldner nicht gerettet werden konnte, und man ihn ſeinen Gläubigern überlaſſen muſste, um ihn gefänglich aufzubewahren, denſelben zu binden, und ſich ſeiner zu verſichern, dieſen doch noch die Schwere der Banden vorſchrieben, deren ſie ſich bedienen könnten, ihnen es aber dabey überlieſsen, das Schickſal

q) *L. c.*

r) *L. c.*, p. 178.

s) *L. c.*, p. 402 ſeq.

t) Dahin gehört insbeſondere, daſs überall hier der Text des *Gellius* auch in den nachfolgenden Worten: *Aut qui pſeudo eo etc.*, verdorben iſt.

des Schuldners durch geringere Banden zu erleichtern, ſo wie ſie den Unterhalt des Schuldners im Gefängniſſe, wie ſich aus dem Folgenden ergeben wird, auch beſtimmten, aber gleichwohl den Gläubigern es anheim ſtellten, ob ſie ſolchen nicht erhöhen wollten.

Wenn man daher allerdings den *Gellius* verbeſſern muſs, ſo iſt folgender der richtige Sinn des Zwölf-Tafel-Geſetzes: Wenn der Schuldner auch nun, (nämlich, wenn er wieder vor Gericht gerufen worden,) noch nicht ſeinem Gläubiger das, was er zu bezahlen verurtheilt worden iſt, bezahlt, oder ein anderer nicht ihn rechtlich entwährt; ſo ſoll ihn der Gläubiger mit ſich nehmen, und in Banden legen können, die aber nicht mehr als funfzehn Pfund wiegen dürfen, wohl aber drunter wiegen können, wenn es dem Gläubiger ſo gefällt. — Der Abſchnitt des Zwölf-Tafel-Geſetzes iſt wichtiger, als er beym erſten Anblicke zu ſeyn ſcheint. Die abermahlige Stellung des Schuldners vor Gericht, welche darin angeordnet iſt, hat einen doppelten Zweck. Erſtens den: zu verſuchen: ob der Schuldner nicht zur Zahlungsleiſtung zu bringen, oder ſonſt ein Abkommen zwiſchen ihm und dem Gläubiger zu treffen iſt; und zweytens den: auf den Nichtentſtehungsfall den Gläubiger zur Captur des Schuldners zu autoriſiren. — Wenn gleich in dem Geſetze nur die Alternative: *Nei. Ioudicatom. Facſit. Aut. Quips. Endo. Eo. Im. Ioure. Vindicit.*, enthalten iſt, ſo iſt es doch, nach dem Geiſte und der Abſicht des Geſetzes, keinem Zweifel unterworfen, daſs auch noch eine andere Auskunft zwiſchen den Parteyen zugelaſſen wurde. So z. B. konnte der Gläubiger gewiſs dem Schuldner noch Dilation ertheilen, es konnte ein *pignus cum pacto fiduciae* beſtellt werden, [u]) und es konnte endlich auch der Schuldner gewiſſe zu ſeinem Vermögen gehörige Sachen dem Gläubiger an Zahlungsſtatt anbieten. Die freywillige *datio in ſolutum*, die in ſpätern Geſetzen ſo häufig vorkommt, war gewiſs ſchon in den Zeiten der Zwölf-Tafel-Geſetze bekannt. Daſs alle dieſe oben erwähnten Abkunftsmittel nur mit Bewilligung des Gläubigers Statt fanden, verſteht ſich freylich von ſelbſt. — Nicht ſo ſcheint es aber mit der rechtlichen Entwährung der Fall geweſen zu ſeyn, die

u) Dies mag wohl äuſserſt ſelten der Fall geweſen ſeyn, indeſs läſst ſich doch nicht läugnen, daſs er gar nicht hätte vorkommen können.

in den Worten: *Aut. Quips.* etc., enthalten ist. — Diese musste sich der Gläubiger durchaus gefallen lassen, wenn er gleich über die Annehmlichkeit derselben zu hören war. Denn der Schuldner soll nach den dürren Worten des Gesetzes nur seinem Gläubiger zur Captur überlassen werden, wenn er denselben nicht bezahlen kann, oder Keiner da ist, der ihn rechtlich entwährt. — Hatte der Gläubiger rechtmäſsige Ausstellungen gegen die rechtliche Entwährung, so wurde freylich mit Verwerfung derselben auf Captur des Schuldners doch erkannt, aber ich setze hier voraus, daſs solche völlig annehmlich war.

Aber worin bestand denn nun diese rechtliche Entwährung, die, wie ich oben behauptet habe, sich der Gläubiger gefallen lassen muſste? Ehe ich mich auf die Beantwortung dieser Frage einlassen kann, muſs ich noch etwas über den Text der Zwölf-Tafel-Gesetze erinnern.

In mehrern ältern Ausgaben des *Gellius* lautet die Stelle von der rechtlichen Entwährung des Schuldners so: *Aut qui pseudo eo in iure vindicit.* — Daſs hier offenbar der Text verdorben sey, ist nicht nur von den Erklärern der Zwölf-Tafel-Gesetze, v) sondern auch von den neuern Herausgebern des *Gellius* bemerkt worden. Es muſs statt *qui pseudo: quips endo* gelesen werden, weil sonst die Stelle gar keinen Sinn haben würde, daher ich sie auch schon oben nach den verbesserten Ausgaben des *Gellius* hingesetzt habe. — Ob das Wort: *vindicit*, so viel als *vindicarit* bedeute, mit diesem völlig synonym sey, und bloſs in einer bey den Alten gewöhnlichen Auslassung der beyden Buchstaben a und r seinen Grund habe, wie *Bouchaud* w) annimmt, will ich dahin gestellt seyn lassen, da solches, wie sich aus dem Folgenden zeigen wird, auf die Erklärung des Textes selbst weiter keinen Einfluſs hat. — Mir wenigstens scheint das Wort: *vindicere*, ein selbstständiges Wort bey den Alten gewesen zu seyn, und erst mit der Veränderung der Gerichtsverfassung in den spätern Zeiten der Römischen Republik seinen Gebrauch verloren zu haben. — Warum aber *Raevard*, x) nebst andern Erklärern der Zwölf-Tafel-Gesetze, y) statt *vindicit* lie-

v) *Manutius* und *Balduin* haben sich zuerst der Verbesserung dieser Stelle des *Gellius* unterzogen, und ihnen sind hernach alle neuere Erklärer der Zwölf-Tafel-Gesetze, und insbesondere auch *Rittershus*, *Funccius* und *Bouchaud* gefolgt.

w) *Comment. sur la loi des douze Tables*, pag. 410.

x) *Ad legem 12 Tabul.*, Cap. 8.

y) Z. B. *Manutius*, *Balduin*, u. a. m.

der *vindex esit* gelesen wissen will, begreife ich darum nicht, weil eines Theils dasselbe Wort an einem andern Orte der Zwölf-Tafel-Gesetze vorkommt, und überall die Kürze, der sich die Decemvirn bedienten, vollkommen die Beybehaltung des Worts: *vindicit*, rechtfertigt. Auch bleibt es mir ein Räthsel, wie der sonst so scharfsichtige *Bouchaud* [z]) dem *Funccius* [a]) und andern Erklärern der Zwölf-Tafel-Gesetze hier folgen, und annehmen konnte: dass man nach dem Worte: *Eo: tempore*, oder *debito*, oder *delicto* in Gedanken setzen müsse, da doch dieses Wort offenbar auf das vorher gehende *Ioudicatom* sich bezieht, und man daher, wenn man doch etwas in Gedanken hinzu setzen will, *Iudicato* setzen müsste.

Wenn wir annehmen, dass das Wort: *vindicit*, eben so viel als *vindex esit* bedeute, und bey der Erklärung lediglich eine andere Stelle der Zwölf-Tafel-Gesetze zu Rathe ziehen, wo es heisst: *Si ensiet, qui in ius vocatum vindicit, mittito, assiduo vindex assiduus esto: Proletario cuique volet, vindex esto*; [b]) so bestand die rechtliche Entwährung des Schuldners vor Gericht, wesshalb oben gefragt worden ist, darin, dass er einen Bürgen oder Expromissor dem Gläubiger stellte. Dass das Wort: *vindicit*, auch hier nichts anderes bedeuten könne, darin stimmen die Erklärer der Zwölf-Tafel-Gesetze, und auch selbst *Bouchaud*, [c]) überein. — Unter dieser Voraussetzung liess sich denn auch, wie oben von mir geschehen ist, leicht behaupten, dass der Gläubiger zuvor über die Annehmlichkeit der rechtlichen Entwährung gehört werden musste, wenn er gleich solche sich gefallen zu lassen gezwungen werden konnte.

Allein ich habe Lust, die ganze Erklärungsart zu bezweifeln. Wenn es seine Richtigkeit hat, was *Festus* [d]) vom *Vindex* sagt: *Vindex ab eo appellatus est, quod vindicat, quo minus is, qui prensus est ab aliquo, teneatur*; wenn es ferner aus der oben angeführten Stelle der Zwölf-Tafel-Gesetze: *Si ensiet* etc., unbezweifelt hervor geht, dass das Wort: *vindicit*, überhaupt die rechtliche Entwährung in dergleichen Fällen in sich begreife, ohne sich um

z) *L. c.*

a) *In Comm. ad leg. XII Tabul.*, p. 178.

b) Es ist der zweyte Abschnitt der ersten Tafel. — Von den Erklärern der Zwölf-Tafel-Gesetze haben *Rittershus* und *Bouchaud* denselben ohne allen Zweifel am besten erläutert.

c) *L. c.*

d) Voc.: *Vindex*.

die Art und Weise, wie solche geschehen kann, zu bekümmern, oder sich wohl gar auf eine bestimmte Art einzuschränken:[e]) so scheint es mir wenigstens offenbar zu seyn, dass das Zwölf-Tafel-Gesetz hier bloss von derjenigen rechtlichen Entwährung sprechen kann, wenn ein anderer sich ebenfalls vor Gericht stellt und sofort für den Schuldner bezahlt, oder wenn es der Gläubiger zufrieden ist, (welches sich aber von selbst versteht und hierher gar nicht gehört,) sich für den Schuldner verbürgt oder für ihn expromittirt.

Denn geben wir die mit Zwang verbundene Alternative zu, die sich doch aus dem Fragmente der Zwölf-Tafel-Gesetze nicht wegdemonstriren läst, so ist eine Inconsequenz der ersten Grösse da, wenn wir behaupten wollten, es rede dasselbe bloss von der Fidejussion und Expromission. Der erste Abschnitt des Fragments, über welchen ich oben weitläuftig gesprochen habe, setzt dem Schuldner einen Zahlungs-Termin von dreyssig Tagen, den der Gläubiger durchaus abwarten soll. Länger soll dem Schuldner kein Aufschub in Absicht der Zahlung gegeben werden. — Und hier will man gleichwohl dem Schuldner erlauben, durch die Bestellung eines Bürgen oder Expromittenten, nicht nur dem Gläubiger eine neue Dilation abzudringen, sondern auch denselben zu einem neuen gerichtlichen Verfahren für die Zukunft zu zwingen. Ich übergehe es ganz, dass man zu den Zeiten der Zwölf-Tafel-Gesetze noch gar nicht zwischen einem Bürgen und einem Expromittenten zu unterscheiden wusste. — Und überall traten ja hier ganz andere Umstände ein, wie bey der *Vocatio in ius*, wo man das *vindicere* allerdings von der rechtlichen Entwährung durch Bürgen verstehen kann und durchaus verstehen muss. Denn man konnte leicht durch Bürgschaft jemanden entwähren, dass er nicht vor Gericht geschleppt wurde, weil es hier nur darauf ankam, dem Kläger die Garantie zu leisten, dass sich der Beklagte an dem ihm

e) Man darf freylich, wenn man mir beypflichten will, den *Heineccius* in *Antiq. Rom.*, III, 21, p. 114: „*Vindices in 12 Tabulis erant, qui pro eo, qui in ius privata auctoritate vocabatur, sese obligabant*,“ nicht folgen, wo das Wort: *Vindex*, sehr einseitig erklärt wird, obgleich der dabey angeführte *Festus* dem guten *Heineccius* sehr leicht auf die Sprünge hätte helfen können. Viel befriedigender ist freylich, was *Ch. Fr. Geo. Meister* in Progr. *Vas et Vindex*, in *Opusc.*, Nr. 6, darüber sagt, wenn es gleich noch lange nicht das Ganze erschöpft.

von dem Richter zu bestimmenden Tage vor Gericht freywillig stellen wolle, aber keineswegges fand eine solche Art von Entwährung Statt, wenn ein Schuldner schon rechtskräftig verurtheilt, und wenn die ihm gesetzlich ertheilte Dilation bereits verstrichen war, wo nichts die Execution als die Zahlung oder eine gütliche Vereinbarung mit dem Gläubiger abhalten konnte, wenn gleich in Absicht der erstern nichts darauf ankam, ob solche von dem Schuldner selbst oder einem Dritten geleistet wurde.

Der Gläubiger, gegen welchen sich der Schuldner in dem zweyten Termine der alternativen Schuldigkeit, von der ich bisher gesprochen habe, nicht entledigen kann, soll von dem Staatsbeamten, der die Jurisdiction hat, autorisirt werden, den Schuldner mit sich zu nehmen, und ihn bis zum weitern Verfahren einzuschliessen, auch mit Banden zu belegen, damit er nicht entfliehe. Dass hier die Decemvirn den aus Griechenland herbey geholten Gesetzen, wenn nicht ganz, doch grösten Theils gefolgt sind, scheint mir wenigstens keinem Zweifel unterworfen. — Der Prätor autorisirte den Gläubiger mit der von den Alten in ihren Schriften uns überlieferten Formel: *Ducas licet*, [f]) die eine Adjudication oder Addiction in sich begriff. [g]) *Rittershus* [h]) macht bey den Worten: *secum ducitod*, die richtige Bemerkung: *His verbis dabatur Victori facultas, Victum abducendi quasi quendam servum iam sibi a Praetore addictum;* und *Funccius* [i]) so wohl als *Bouchaud* [k]) sind ihm darin beygetreten.

Der Prätor konnte das Recht, den Schuldner als seinen Sclaven zu behandeln, dem Gläubiger nur zuerkennen; die Ausübung dieses Rechts aber blieb bis zum weitern Verfahren, wovon ich hernach sprechen werde, suspendirt. Aber bis zum endlichen Verfahren, und bis zu der Zeit, da die Ausübung dieses Rechts eintrat, konnte er doch den Gläubiger autorisiren, die Person des Schuldners in sichere Verwahrung zu bringen.

f) *Cicero de Oratore*, Lib. II, Cap. 63.

g) Das Gegentheil behauptet zwar *von Almendingen*, *Ueber den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger*, S. 53, allein er verwechselt das Recht selbst mit der Ausübung desselben, welches ich, wie sich aus dem Folgenden ergiebt, unterscheide.

h) *L. c.*, p. 203.

i) *L. c.*, p. 179.

k) *L. c.*, p. 404.

Daraus, daſs der Gläubiger den Schuldner mit ſich nehmen, ihn einſchlieſsen und mit Banden belegen konnte, folgt nothwendig, daſs die alten Römer Privat-Gefängniſſe gehabt haben müſſen. Daſs ſie ſie wirklich gehabt haben, erhellt nicht nur aus mehrern Stellen der Römiſchen Geſchichtſchreiber, [l]) ſondern auch aus ſpätern Geſetzen, [m]) durch welche ſolche Privat-Gefängniſſe verboten wurden. — Vielleicht gründete ſich der Unterſchied zwiſchen öffentlichen und Privat-Gefängniſſen in der bey den Römern hergebrachten Eintheilung der *Iudicia* in *publica* und *privata*, und dem darnach beſtimmten Gange des rechtlichen Verfahrens. — Auch hatte in den Zeiten der Republik das Privat-Gefängniſs gar keinen nachtheiligen Einfluſs auf die Ehre des Bürgers, welches man von den öffentlichen Gefängniſſen wohl nicht annehmen kann.

Als Bande, womit der Gläubiger den ihm zugeſprochenen Schuldner belegen kann, giebt das Geſetz *Nervus* und *Compedes* an, und beſtimmt allgemein die Schwere derſelben zu funfzehn Pfund. *Bouchaud* [n]) hat mit vieler Gründlichkeit erwieſen, daſs *nervus* bey den Römern eine Art von Halsfeſſeln, und *compedes* Fuſsfeſſeln geweſen ſind, und daſs beyde Gattungen von Banden, wenigſtens in den Zeiten der Zwölf-Tafel-Geſetze, von Eiſen geweſen ſeyn müſſen, wenn man ſie auch in frühern Zeiten von Holz oder einer andern Materie gehabt habe. — Ob ſich der Gläubiger beyder Banden vereint habe bedienen können, iſt zweifelhaft. — Die Alternative, die in dem Fragmente ſelbſt vorkommt: *aut. nervod. aut. compedibus.*, läſst vermuthen, daſs ſich der Gläubiger nur der einen oder der andern Art von Banden zu einer Zeit habe bedienen können, wobey ihm aber die Wahl frey gelaſſen worden. — Daſs der Nachſatz: *XV. pondo. nei. majoſed.*, nicht auf beyde Gattungen von Banden, ſondern bloſs auf *compedes* gehe, ſcheint mir gegen die gemeine Meinung faſt keinem Zweifel unterworfen.

Von dem Augenblicke an, da der Prätor den Schuldner dem Gläubiger zugeſprochen, und dieſem die Erlaubniſs ertheilt hatte, ihn mit ſich zu nehmen, und zum gefänglichen Verhaft zu bringen, oder ſich auf eine andere Art ſeiner Perſon zu ſichern, war der Schuldner ſchon *addictus* und *nexus*. [o]) — Aber

l) *Livius*, Lib. VI, Cap. 36.
m) *L.* 1 *C. de priv. carcer. inhib.*
n) *L. c.*, p. 405 und 406.

o) Den beſten Beweis für dieſe ſchon oben ein Mahl gewagte Behauptung liefert die Stelle beym *Livius* Lib. VI, Cap. 36,

die Wirkungen dieser Addiction blieben noch bis zum weitern Verfahren suspendirt, da der Prätor *in foro* und bey der gewöhnlichen Haltung des Gerichts den Gläubiger zur Ausübung der durch die Addiction erlangten Rechte nicht autorisiren konnte. Der Personal-Arrest, dem sich der Schuldner unterwerfen musste, war kein blosses Zwangsmittel, sondern Folge der Addiction, und Sicherungsmittel wegen der in der Folge eintretenden Wirkungen der Addiction. — Unter diesen Umständen versteht es sich denn von selbst, dass der Schuldner noch weder an seiner Persönlichkeit litt, noch dass ihm der Gläubiger für jetzt schon sclavische Arbeiten zumuthen, oder auch nur als Sclaven behandeln konnte.

Wenn ich auch mit *Bouchaud* p) und andern Erklärern der Zwölf-Tafel-Gesetze gern annehme, dass die *addicti*, *vincti* und *nexi* öffentlich erscheinen, und zur Verrichtung ihrer Geschäfte so wohl als der gottesdienstlichen Handlungen zugelassen wurden; q) so muss ich es doch in Abrede stellen, dass sie jetzt mehr die freye Disposition über ihr Vermögen hatten. Die Rechte des Schuldners als Person waren zwar noch nicht der Substanz nach verletzt, aber die Ausübung derselben war schon durch die Addiction suspendirt, in so fern sie dem Gläubiger nachtheilig seyn konnte. — Welche Rechtsmittel aber dem

wo der Volks-Tribun *Licinius Stolon*, der Urheber der *Lex Licinia de foenore*, die Ersten unter den Patriciern mit diesen Worten anredet: *An placeret foenore circumventam plebem potius, quam sorte creditum solvat, corpus in nervum ac supplicia dare? Et gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domos? Et ubicunque Patricius habitet, ibi carcerem privatum esse.* — Dass die Zeit, in der *Licinius Stolon* lebte, lange vor die *Lex Petillia* fällt, folglich in eine Periode, da noch ganz das alte Verfahren gegen die Schuldner Statt fand, brauche ich nicht erst zu beweisen. Und dass darin von dem Verfahren des zweyten Termins die Rede sey, ist ebenfalls keinem Zweifel unterworfen. — Es wundert mich, dass die Erklärer der Zwölf-Tafel-Gesetze, die doch alle auch diese Stelle des *Livius* kennen, davon den Gebrauch nicht machen, den ich so eben davon gemacht habe. — Doch vielleicht fehlte es ihnen an Veranlassung dazu, die mir *von Almendingen*, *a. a. O.*, gegeben hat.

p) *L. c.*, pag. 407.

q) Dass sie von den Opfern ausgeschlossen waren, bey welchen man nur *solutis nodis* erscheinen konnte, und dass sich darauf die Worte: *exesto, extra esto*, die bey den Classikern vorkommen, beziehen, kann man bey *Festus*, Voc.: *exesto*, umständlicher nachlesen. Ich bemerke nur, dass, diesen zufälligen Umstand abgerechnet, die *nexi*, wenn sie unter den übrigen Bürgern bey gottesdienstlichen Verrichtungen erschienen, im mindesten nicht geringer als diese angesehen wurden.

Gläubiger zuſtanden, wenn der Schuldner doch als *addictus* über ſein Vermögen zum Nachtheile des Gläubigers disponirt hatte, oder ob er überall welche hatte, wage ich nicht zu entſcheiden. — Ich bemerke nur, das es nichts ungewöhnliches iſt, in dem ältern Römiſchen Rechte Befugniſſe der Perſonen anzutreffen, die aber wegen Mangels eines Rechtsmittels unverfolgt blieben, und daſs der Prätor ſo wohl als die neuere Geſetzgebung dem Berechtigten daher ſo häufig unter die Arme greifen muſsten. — Durch den Perſonal-Arreſt des Schuldners war der Gläubiger ja in den Stand geſetzt, ſolche ihm nachtheilige Verfügungen deſſelben zu verhüten. That er es nicht, ſo hatte er den Schaden, den er dadurch erlitt, ſich ſelbſt zu verdanken, und verdiente es, daſs man ihn nicht durch die Einführung eines beſondern Rechtsmittels unterſtützte.

IV. SEI. *Volet. Souo. Vivitod. Nei. Souo. Vivit. Quei. Em. Vinctom. Habebit. Libras. Faris. Endo. Dies. Datod. Sei. Volet. Plous. Datod.*

Beym Gellius [r]) lautet dieſer Abſchnitt des Fragments ſo: *Si volet ſuo vivito, ni ſuo vivit, qui em vinctum habebit, libras farris in dies dato, ſi volet, plus dato.* In Anſehung des Textes iſt hier bloſs noch zu bemerken, daſs das Wort: *em*, hier eben ſo viel als *eum* bedeutet und in einer bey den alten Römern üblichen Abkürzung ſeinen Grund hat.

Raevard [s]) will zwar ſtatt *libras farris: libram farris* geleſen wiſſen, allein Funccius [t]) und Bouchaud [u]) haben richtig bemerkt, daſs in dem Fragmente der Plural: *libras*, mit Beziehung auf die mehrern Tage geſetzt worden, in welchen der Schuldner im Arreſte die Beköſtigung nöthig hatte, und daſs es überall bey den Römern gebräuchlich geweſen, ſich auf dieſe Art auszudrucken. [v])

r) *L. c.*

s) *Ad LL. XII Tabul.*, C. 8.

t) In *Comm. ad LL. XII Tab.*, p. 184.

u) *Comm. ſur la Loi des 12 Tabl.*, p. 409.

v) Vergleiche *Iac. Godofred.* in *Not. ad LL. 12 Tab.;* in *Ev. Otto Theſ. Iur. Rom.*, III, p. 166, der ein Beyſpiel von dieſer Art, ſich auszudrucken, aus *Cato de re ruſtic.*, Cap. 57, anführt.

Man kann daher diese Verbesserung, die *Raevard* vorschlägt, nicht annehmen. [w])

Eben so wenig darf man der Conjectur des *Wilh. Fornerius* [x]) seinen Beyfall geben, welcher behauptet, dass statt *libras: libra S,* (*semis,*) gelesen werden müsse, folglich der Schuldner im Gefängnisse nicht einmahl ein ganzes, sondern nur ein halbes Maass erhalten habe. Sie, diese Conjectur, hat ihren Grund darin, dass in dem Fragmente der Plural: *libras*, für den Singular: *libram*, steht, und nach der oben davon gegebenen Erklärung sehr gut stehen kann, *Fornerius* aber dies nicht eingesehen, sondern vielmehr geglaubt hat, dass in der ursprünglichen Schrift der Zwölf-Tafel-Gesetze *libra S.* gestanden, und dieses *S.* nichts anderes als *semis* bedeuten könne, wie dies die Schreibart der alten Römer nachweise. Er unterstützt diese Meinung zwar dadurch, dass, wenn man den Plural: *libras*, beybehalten, und solchen auf jeden Tag des gefänglichen Gewahrsams beziehen wollte, der Schuldner nicht hätte unterhalten, sondern eigentlich gemästet werden müssen, welches doch die Absicht des Gesetzes nicht seyn könnte; allein wenn man, wie ich oben gezeigt habe, den Plural auf die mehrern Tage bezieht, in welchen der Schuldner im Personal-Arreste sich befand, so fällt dieser Grund, dessen sich *Fornerius* bedient, in sein ursprüngliches Nichts zurück. Die gewöhnliche Lesart erhält auch dadurch noch eine grosse Unterstützung, dass sie eines Theils nicht gezwungen ist, und andern Theils mit der Geschichte, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, überein stimmt. [y]) Dass man aber *libras* auf die mehrern Tage des Arrestes beziehen müsse, folgt schon daraus unwidersprechlich, weil sonst die Grösse der Beköstigung unbestimmt bleiben würde, um deren Bestimmung es doch den Decemvirn so sehr zu thun war.

Der eigentliche Sinn des Fragments ist also dieser: Der *Addictus* kann, wenn er will, (bis zum Endverfahren, und so lange er unter Arrest seines Gläubigers ist,) von seinem Vermögen den Unterhalt beziehen; will er solches aber nicht, so soll ihm der Gläubiger, dessen Arrestant er ist, täglich eine *libram farris* geben, wobey es die-

w) Auch selbst dann nicht, wenn man, ebenfalls mit *Raevard*, statt *endo dies: endo die* lesen wollte, obgleich solches auf eins heraus kommen würde.

x) *Selector.* Lib. 6; in *Ever. Otto Thes. Iur. Rom.*, IV, p. 36.

y) Vergleiche *Conr. Rittershus Dodecadelt.*, p. 207.

ſem jedoch überlaſſen bleibt, ob er ihm mehr geben will, nur weniger darf er ihm nicht geben.

Daraus, daſs der Schuldner ſich ſelbſt beköſtigen konnte, folgt noch nicht die freye Dispoſition über ſein Vermögen, die ich oben beſtritten habe. — Eines Theils erfüllte er ja nur dadurch, daſs er ſich ſelbſt beköſtigte, eine Verbindlichkeit, die eigentlich dem Gläubiger oblag, und andern Theils erforderte es die Billigkeit, daſs man dem Schuldner, in ſo weit, als es ſeine Unterhaltung erforderte, das Vermögen offen lieſs. — Ueberall war die erſte Addiction nicht von der Art, daſs man dabey nicht einige Billigkeit hätte Statt finden laſſen können.

Aber was iſt denn nach dem Geſetze *far* für eine Beköſtigung, und wie viel iſt hier *libra? Far* war bey den ältern Römern eine Art von geſtärkter Mehlſpeiſe, die auf mancherley Art zubereitet wurde, und ihnen anfangs ſtatt des Brodes zum Unterhalte diente, auch in der Folge neben dieſem noch immer beybehalten wurde. z) *Libra* iſt hier das Römiſche Pfund zu zwölf Unzen, welches, die Unze zu zwey Loth gerechnet, vier und zwanzig Loth enthielt. a) Ein Pfund ſolcher geſtärkten Mehlſpeiſe war die gewöhnliche tägliche Unterhaltung der Sclaven b) und Gefangenen, und folglich auch der Schuldner, die ihren Gläubigern waren zugeſprochen worden und ſich in deren Gewahrſam befanden.

Das *Sei. Volet. Plous. Datod.* iſt wirklich eine überflüſſige Clauſel zu Gunſten des Schuldners. Die Erfahrung hat gezeigt, daſs die Gläubiger den Schuldnern, die ſich ſelbſt im Gefängniſſe nicht unterhalten konnten, ſogar dasjenige nicht einmahl verabreichten, was ihnen nach dem Geſetze durchaus gegeben werden ſollte. Indeſs kann man eine ſolche Clauſel dem Geſetzgeber leicht verzeihen, wenn ſonſt das Geſetz nur keinen Mangel hat und alles pünctlich beſtimmt. Daſs das letztere der Fall bey dieſem Fragmente ſey, behaupte ich, und kann daher auch die Erklärung, welche man gewöhnlich bey dem Worte: *Vivito*, nach Anleitung der *L.* 234 *D.*, *§. ult.*, *de V. S.*: „*Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere, ſed Oſilius ad Atticum ait, his verbis et veſtimenta et*

z) Siehe *Marc. Donat.* in *Dilucidationib.*, p. 154.

a) *Mar. Merſenni Cogit. phyſ.-mathem.*, (Par. 1644,) pag. 57. Vergleiche auch die *Mémoir. de l'Academ. des Inſcript.*, T. X.

b) *Horat. Sat.*, L. I, Sat. 5, V. 68 und 69.

ſtramenta contineri: ſine his enim vivere neminem poſſe.", annimmt, und nach welcher ſolches auch Kleidung und andere Bequemlichkeiten des Lebens in ſich begreift, c) hier nicht annehmen, ſo wichtig ſie bey andern Geſetzen und auch bey rechtlichen Geſchäften der Römer auch ſeyn mag. Ich weiſs wohl, daſs die *L.* 234 *D.*, *§. ult.*, *de V. S.*, aus dem *Libr. II.* des *Gaius ad LL.* 12 *Tabul.* genommen iſt, allein das macht mich wegen meiner Behauptung nicht bange. Daſs *Gaius* das Wort: *vivere*, mit Hinſicht auf die Zwölf-Tafel-Geſetze erklären wollte, iſt nicht zu läugnen: aber ob er dabey gerade auf dieſe Stelle des Fragments, die von der Unterhaltung der Schuldner im Gefängniſſe ſpricht, Rückſicht nahm; ob er ſich darauf allein einſchränken wollte; und endlich, wenn dies, ob er das Wort: *vivere*, alsdann richtig erklärte: iſt eine andere Frage. — Man mache mir doch ja nicht den Einwurf, daſs *Gaius* die Zwölf-Tafel-Geſetze beſſer verſtanden habe, als wir ſie jetzt verſtehen; die Erfahrung lehrt, daſs Juriſten, welche ſelbſt zu der Zeit lebten, in welcher ein Geſetz gegeben worden, daſſelbe ſehr häufig am unrichtigſten erklärt haben, und wir werden hernach ſelbſt ein wichtiges Beyſpiel davon an den Zwölf-Tafel-Geſetzen und von Römiſchen Juriſten antreffen.

Sollte denn in den ganzen Zwölf-Tafel-Geſetzen das Wort: *vivere*, nur ein einziges Mahl, und zwar in der dritten Tafel beym Verfahren in Schuldſachen, vorgekommen ſeyn? Das iſt unglaublich. Indeſs wir wollen es annehmen, ſo bleibt doch die Erklärung des *Gaius*, der hier, wohl zu bemerken, nicht ſelbſt forſcht, ſondern dem *Ofilius* folgt, immer deſswegen unrichtig, weil die dürren Worte des Geſetzes widerſprechen. Denn wenn die Decemvirn den Unterhalt des Schuldners ſo genau beſtimmten, ſo würden ſie auch das Uebrige, was ſonſt noch zur Leibes-Nothdurft des Schuldners gereichte, gewiſs beſtimmt, oder nur deſſen im Allgemeinen Erwähnung gethan haben, wenn es ihre Abſicht geweſen wäre, unter dem: *Vivito*, mehr als den bloſsen Unterhalt des Schuldners zu begreifen. — Ueberall iſt der Titel der Pandecten *de V. S.* eine Compilation, die man genauer ſtudiren, und mit mehrerer Vorſicht gebrauchen ſollte, als bisher von den Juriſten geſchehen iſt.

c) Siehe z. B. *Rittershus*, *l. c.*, p. 206.

Damit will ich indefs keinesweges behaupten, dafs der Schuldner im Gefängniffe nicht auf die unentbehrlichften Dinge des Lebens aufser feinem Unterhalte habe Anfpruch machen können. — Ich läugne blofs, dafs in dem Gefetze davon die Rede fey, und dafs das Wort: *Vivito*, auf etwas mehr als auf den Unterhalt gehe. Es verftand fich von felbft, dafs der Gläubiger für den gefangenen Schuldner auch in fo fern forgen mufste, wenn er nicht felbft, welches aber wohl felten der Fall gewefen feyn mag, dafür forgen konnte; aber das Gefetz weifs davon nichts.

V. ENDOTERATIM. *Paciod. Eſtod. Nei. Com. Eo. Paicit. LX. Dies. Vinctom. Habetod. Endo. Oloes. Diebos. Tertieis. Nundineis. Continueis. Endo. Comeitiom. Endo. Ioured. Im. Procitatod. Airisq. Aiſtimiam. Ioudicatei. Predicatod.*

Beym Gellius d) lauten die Worte des Fragments fo: *Erat autem ius interea paciſcendi, ac niſi pacti forent, habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies tribus nundinis continuis ad Praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati eſſent, praedicabatur.* In Abficht des Textes felbft ift zu bemerken: dafs das Wort: *Endoteratim*, welches gleich zu Anfange fteht, fo viel als *Interim* bedeutet, und dafs die Alten *interduatim* und *interatim* anftatt *interim* fagten, auch *endoteratim*, wie dies andere aus jenem Zeitalter noch übrig gebliebene Wörter, als z. B. *endoitium* für *initium*, *endoplorato* für *implorato*, und *endoprocinctu* für *in procinctu*, befonders aber *endoterciſi* für *interciſi*, beweifen. e) — Die Worte: *Paciod* und *Paicit*, kommen daher, weil die alten Römer ftatt *paciſcor: paco* und *paico*, und späterhin *pago* fagten, wie Funccius, f) und auch Bouchaud, g) der ihm hier ganz gefolgt ift, ausführlich gezeigt haben. *Oloes* ift ein ganz veraltetes, für fich beftehendes Wort.

Der Sinn des Gefetzes ift diefer: Inzwifchen foll es dem Schuldner erlaubt feyn, zu verfuchen; ob er fich nicht mit feinem Gläubi-

d) *L. c.*

e) *Feſtus* ad *voc. cit.*

f) *L. c.*, pag. 186.

g) *L. c.*, pag. 410.

ger ſetzen könne. Kommt keine Vereinbarung zu Stande, ſo ſoll der Schuldner noch ſechzig Tage im Arreſte bleiben, und während dieſer Zeit in drey auf einander folgenden *nundinis in Comitium* vor Gericht geführt, und ſoll, wie hoch ſich die Schuld, zu deren Bezahlung er verurtheilt worden, beläuft, öffentlich ausgerufen werden.

Wenn das Geſetz ſagt: *Endoteratim. paciod. eſto.*, und gleich unmittelbar darauf: *Nei. cum. eo. paicit. LX. dies. vinctom. habetod.*, ſo folgt daraus unwiderſprechlich, daſs die Friſt beſtimmt geweſen ſeyn müſſe, bey welcher es dem Schuldner erlaubt war, ein Abkommen mit ſeinem Gläubiger zu verſuchen. Denn das Geſetz ſpricht von einer ſolchen Friſt, indem es verordnet, daſs, wenn der Schuldner das Abkommen nicht trifft, nun dem Gläubiger noch erlaubt ſeyn ſoll, den Schuldner ſechzig Tage hindurch im Arreſte zu behalten. — Aber woher kommt es, daſs dieſe Friſt nicht in dem Geſetze ſelbſt, das doch ſonſt alles ſo deutlich beſtimmt, ausgedruckt worden iſt? — Ich glaube, es läſst ſich ſolches leicht begreifen. Das Geſetz konnte hier die Friſt nicht beſtimmen, ſondern muſste ſolche Beſtimmung dem Prätor, der die Schuldſache *in foro* abgethan, und die Perſon des Schuldners dem Gläubiger zugeſprochen hatte, überlaſſen, weil theils nach der Gröſse der Schuldforderung, theils aber nach der Beſchaffenheit der Verbindlichkeit ſelbſt, bald eine längere, bald aber auch nur eine kürzere Friſt verſtattet werden muſste. Es wurde daher ohne allen Zweifel bey der Addiction zugleich dieſer Punct mit von dem Prätor regulirt.

Ich kann hierbey nicht unterlaſſen, den Leſer nochmahls darauf aufmerkſam zu machen, wie nachſichtig das Geſetz gegen den Schuldner iſt, und wie ſehr es den entſcheidenden Streich, der die Perſönlichkeit des Schuldners vernichtete, abzuhalten ſucht. Ich möchte gern von den Decemvirn die Beſchuldigung, daſs auf ihre Geſetzgebung der Haſs zwiſchen Patriciern und Plebejern häufig Einfluſs gehabt habe, ganz abwälzen, — eine Beſchuldigung, die ſie um ſo weniger verdienen, als von den Schuldgeſetzen eben ſo gut eine Anwendung bey Patriciern als Plebejern gemacht werden konnte, und auch wirklich gemacht wurde.

Uebrigens hing es gewiſs ganz von dem Gläubiger ab: ob er ſich die Vorſchläge gefallen laſſen wollte, die ihm der Schuldner während dieſer Friſt machte. Von Zwang des Gläubigers konnte nicht mehr die Rede ſeyn, da ſolcher nicht

einmahl bey dem gerichtlichen Verfahren vor der Addiction gezwungen werden konnte, ein Surrogat der Verbindlichkeit anzunehmen, oder auch nur einen Auffchub geradezu oder bey Stellung eines Bürgen zu ertheilen. — Auch konnte der Prätor nicht einmahl ins Mittel treten und das Abkommen zwifchen dem Gläubiger und Schuldner leiten oder durch fein Anfehen zum Beften des Schuldners unterftützen. Das eigentliche gerichtliche Verfahren *in foro* war beendigt, die Addiction war erfolgt, und was nun noch zum Beften des Schuldners gefchehen konnte, mufste durch ihn felbft oder feine Freunde und Anverwandten in der Zwifchenzeit gefchehen, die der Prätor bey der Addiction beftimmt hatte. Wurde in diefer die Schuld, in welche der Schuldner verurtheilt war, auf Heller und Pfennig bezahlt, fo hörten der Perfonal-Arreft und die Addiction auf, und der Schuldner war von felbft frey; fonft aber hing Alles von dem Gläubiger ab.

Noch fechzig Tage foll der Schuldner nach Ablauf des zum Abkommen zwifchen ihm und dem Gläubiger beftimmten Termins *vinctus* bleiben. — Wieder eine neue Nachficht der Decemvirn, die das Endverfahren, um den Schuldner zu retten, noch immer weiter hinaus fchoben. — Er foll während diefer Zeit in drey auf einander folgenden *Nundinis in Comitium* vor Gericht geführt, und foll, wie hoch fich die Schuld beläuft, in welche er verurtheilt worden, öffentlich ausgerufen werden. *Nundinae* waren bey den Römern die gewöhnlichen Wochenmärkte, die alle neun Tage einfielen, und an denen befonders das Landvolk in öffentlichen oder Privat-Angelegenheiten in die Stadt zu kommen pflegte. [h]) *Comitium* war derjenige Theil des *Fori Romani*, wo die vorzüglichften Volksverfammlungen gehalten wurden, und wo auch das *Tribunal Praetoris* fich befand. [i]) Das *Procitatod* in dem Fragmente läfst eine doppelte Erklärung zu. Man kann darunter eine Vorladung des Schuldners, und zwar hier eine öffentliche Vorladung, verftehen, aber auch die wirkliche Vorführung deffelben. Nach der Etymologie fcheint das erftere die richtigere Erklärung zu feyn, weil das Wort: *procitatod*, von *procitare*, vorladen, vorfordern, [k])

h) *Macrob. Saturnal.*, L. I, C. 16, welcher Schriftfteller auch über den Urheber der *Nundinae* umftändlich fpricht.

i) Vergleiche *Car. Sigon. de antiq. Iure Pop. Rom.*, II, 420 und 504: und *Nic. Gruchii* Tr. *de Comit. Romanor.*; in *Graev. Thef. Ant. Rom.*, I, pag. 687.

k) *Feftus* ad *h. voc.*

abstammt; allein ich werde weiter unten zeigen, warum die letztere vorzuziehen ist.

Hottomann l) giebt hier von dem Fragmente eine Erklärung, von der ich nicht begreifen kann, wie sie ein so denkender Jurist als *Rittershus* m) hat aufnehmen mögen. Er meint nämlich: 1. Das *Trinundinum*, wovon das Fragment spricht, stehe mit den sechzig Tagen, wovon darin ebenfalls die Rede ist, in keinem richtigen Verhältnisse, indem solches nur sieben und zwanzig Tage in sich begreife; folglich, wenn man das *Trinundinum* von Zeit der Addiction des Schuldners, oder von dem zweyten Termine an berechnen wollte, wo man doch die Berechnung anfangen müsse, noch eine beträchtliche Zwischenzeit bis zum Ablaufe des sechzigsten Tages übrig bleiben würde. — Und dann 2. sey es eine bekannte Sache, dass die *Nundinae* ein *dies nefastus* gewesen, wo gar keine gerichtlichen Verhandlungen geschehen durften. Daher, meint er, müssten unter dem *Trinundinum dies ter octoni inter nundinas ternas interiecti* verstanden werden, und darnach das Gesetz so erklärt werden: dass der Schuldner, welcher binnen drey und dreyssig Tagen mit dem Gläubiger nach geschehener Addiction kein Abkommen getroffen habe, am vier und dreyssigsten Tage *in Comitium* vor den Prätor geführt, und dieses Vorführen die ganzen acht Tage hindurch, welche *dies fasti* waren, wiederhohlt werden, am neunten Tage aber, oder an den *Nundinis*, die öffentliche Verkündigung, in welche Summe er verurtheilt worden, geschehen solle, damit, wer ihn zu kaufen Lust hatte, sich an dem gesetzlich bestimmten Tage einfinden möchte, und dass, nachdem dasselbe Verfahren drey Mahl und auf gleiche Weise wiederhohlt worden, *tertiis nundinis*, als am sechzigsten Tage, der entscheidende Streich, wodurch die Persönlichkeit des Schuldners vernichtet wurde, erfolgen solle.

Vorerst ist bey dieser Erklärung der gegenwärtige Abschnitt der dritten Tafel des Zwölf-Tafel-Gesetzes mit den folgenden Abschnitten in eine Verbindung gebracht worden, worin sie doch gar nicht steht. Hiernächst ist die Berechnung selbst auch ganz falsch und dem Sinne des Gesetzes zuwider. Endlich aber hat auch *Hottomann* von dem in *Comitium procitatod* und dem Zwe-

l) *L. c.*

m) *L. c.*, pag. 209.

cke dieſes Verfahrens keine richtigen Begriffe, woran es auch überhaupt den Commentatoren der Zwölf-Tafel-Geſetze zu fehlen ſcheint.

Stünden die Worte: *Nei. Cum. Eo. Paicit.*, nicht da, oder müſsten vermittelſt einer Verbeſſerung, wozu aber kein Grund vorhanden iſt, weggeworfen werden, ſo lieſse ſich die *Hottomanniſche* Erklärung noch einiger Maſsen rechtfertigen. — Aber ſo geht aus dem Zuſammenhange des Geſetzes deutlich hervor, daſs nach Ablauf eines gewiſſen Termins, (noch nach geſchehener Addiction, und nachdem ſchon der Arreſt des Schuldners angefangen hatte,) deſſen Beſtimmung aus den oben bemerkten Urſachen dem Prätor überlaſſen blieb, der Schuldner noch ſechzig Tage *vinctus* bleiben ſoll, und daſs alſo überall der ganze Arreſt des Schuldners nicht zu ſechzig Tagen beſtimmt ſeyn kann. Es iſt auch dieſe wörtliche Erklärung ganz dem Geiſte der Zwölf-Tafel-Geſetze angemeſſen, wenn man nämlich erwägt, wie viel dazu gehörte, einen Römiſchen Bürger ſeiner Perſönlichkeit zu berauben, und wie behutſam, ja, ſogar langweilig, die Geſetzgeber ſo wohl als der Richter dabey verfahren muſsten. Man möchte einwenden: Alſo konnte nur binnen der von dem Prätor beſtimmten Zeit der Schuldner ſich mit ſeinem Gläubiger ſetzen, und hernach nicht mehr, wenn die Zeit abgelaufen war? — Das folgt aus der gegebenen Erklärung eben ſo wenig, als wenn man behaupten wollte: daſs nach Ablauf der erſten Dilation vor der Addiction keine weitere Vereinbarung mit dem Gläubiger Statt gefunden hätte. — Nur war zwiſchen dem Verfahren vor der Addiction und nach derſelben der Unterſchied: daſs in Abſicht des erſtern ſogleich, als die Dilation verſtrichen war, zur Addiction geſchritten werden konnte, mit Hinſicht auf das letztere aber nach dem Ablaufe einer abermahls ertheilten Friſt, um ſich mit dem Gläubiger ſetzen zu können, eine Zeit von ſechzig Tagen noch ausgeworfen wurde, um den Schuldner wo möglich zu retten. Der Grund dieſes verſchiedenen Verfahrens iſt leicht einzuſehen. — Die Addiction, womit ſich das erſte Verfahren ſchloſs, war bloſs eine Zuſprechung der Perſönlichkeit des Schuldners, aber ohne daſs der Gläubiger von dem erlangten Rechte Gebrauch machen durfte, ſondern nur fürs erſte den Schuldner in ſeinen Gewahrſam bekam. — Aber die Beſtätigung dieſer Addiction vor dem Volke, womit ſich das zweyte Verfahren endigte, raubte dem Schuldner nun die Perſönlichkeit ganz und autoriſirte den Gläubiger zur Ausübung der durch die Addiction erlangten Rechte. Es war da-

her nöthig, bey dem letztern Verfahren länger zu verweilen, und den entscheidenden Streich zu Gunsten des Schuldners noch nach dem Ablaufe der Dilation auszusetzen. — Und so wie sich überall die mehrern Fristen, die bey dem Verfahren in Schuldsachen in den Zwölf-Tafel-Gesetzen vorkommen, nebst dem doppelten Verfahren aus der Gerichtsverfassung der Römer rechtfertigen: so rechtfertigt sich auch die Behauptung: dass nach dem Ablaufe der zweyten Dilation der Schuldner noch innerhalb der sechzig Tage, in denen er *vinctus* bleiben musste, mit seinem Gläubiger sich zu setzen suchen konnte; dadurch, dass die in dem Fragmente vorgeschriebene Procedur mit dem Schuldner, in diesen sechzig Tagen, lediglich den Zweck hat: den Schuldner aus den Händen des Gläubigers wo möglich noch zu retten, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Wenn es also keinem Zweifel unterworfen ist, dass die sechzig Tage, während welcher der Schuldner noch *vinctus* bleiben soll, von dem Ablaufe des Termins an berechnet werden müssen, die der Prätor nach der Addiction dem Schuldner gegeben hatte, um sich mit seinem Gläubiger zu setzen; so kommt es nur noch darauf an, dasjenige auf die Seite zu schaffen, was *Hottomann* wegen der *Nundinae* erinnert hat. — Dabey muss ich jedoch vorläufig bemerken, dass das *Trinundinum*, da das Gesetz nichts weiter darüber bestimmt, innerhalb dieser sechzig Tage fallen konnte, wenn es wollte, und dass der Gläubiger dabey nicht eingeschränkt war, wenn er nur das *Continueis*, wovon das Gesetz spricht, beobachtete. Warum? Dies wird sich gleich hernach zeigen.

Es hat seine Richtigkeit, die *Nundinae* waren *dies nefastus*. Aber wo ist auch in dem Fragmente von Haltung des Gerichts, von gerichtlichen Verhandlungen und von Führung des Schuldners vor den Prätor die Rede? — Die Commentatoren haben hier, so wie bey mehrern Stellen der Zwölf-Tafel-Gesetze, etwas hinein getragen, was nicht darin enthalten ist. — Das Fragment sagt bloss: *Endo. Comeitiom. Endo. Ioured Im. Procitatod.*

Comitium war ein Theil des *Fori*, und auf dem *Foro* wurden bekanntlich die *Nundinae* gehalten. Der Zusammenlauf des Volks erstreckte sich an den *Nundinis* über alle Theile des *Fori*, und konnte schon nach der Natur der Sache nicht auf den Ort eingeschränkt seyn, wo die *Nundinae* gehalten wurden. Auf dem *Comitio* war auch das *Tribunal* des Prätors. Es ist eine bekannte Sache, und die ich nicht erst zu beweisen brauche, dass die Römer den Ort, wo der Prätor

Gericht hielt, auch schlechthin *Ius* nannten; und man kann nichts dawider einwenden, wenn ich behaupte: daſs diese Benennung vorzüglich von dem Orte *in Comitio* gebraucht worden, wo der Prätor sein *Tribunal* hatte. — Nun ergiebt sich die Erklärung des Gesetzes ohne alle Schwierigkeit. — Der Schuldner soll während der sechzig Tage, in denen er noch *vinctus* des Gläubigers bleiben muſs, in drey auf einander folgenden *Nundinis in Comitium* an den Ort hingeführt werden, wo der Prätor sein Tribunal hat, und es soll durch den Gerichtsdiener öffentlich ausgerufen werden, wie hoch sich die Summe beläuft, zu deren Bezahlung er verurtheilt worden. — Und warum? — Eines Theils, um zu versuchen: ob nicht jemand aus der versammelten Volksmenge sich seiner erbarmen, und ihm entweder Geld vorschieſsen, oder sich sonst für ihn bey dem Gläubiger verwenden möchte; andern Theils aber, um dem Volke zu zeigen, daſs, wenn nun hernach der entscheidende Streich erfolgte, man durchaus den Schuldner seiner Persönlichkeit habe berauben müssen, weil alle zu seiner Erhaltung angewandte Mittel vergebens gewesen.

Aus dem ersten Grunde allein verordnete das Gesetz: daſs die Vorführung des Schuldners in drey auf einander folgenden *Nundinis* geschehen soll, weil auf diese Art der eine oder der andere, welcher alle *Nundinas* in Rom erschien, leichter zum Mitleiden bewegt werden konnte, wenn er das traurige Schauspiel jede neue *Nundinas* wieder erblickte, als wenn solches nur vorübergehend war. — Die Decemvirn haben durch diese Sanction bewiesen, daſs man über die Erregung des Mitleidens eine richtige Theorie haben kann, ohne die gelehrten Untersuchungen des D. *Aikin* gelesen zu haben.

Ich habe kurz vorher bemerkt: das Gesetz wolle, der Schuldner solle an den Ort geführt werden, wo der Prätor sein Tribunal hatte, — nicht vor den Prätor selbst, denn wozu wäre dessen Gegenwart hier nöthig gewesen? — Brauchte also der Prätor bey der Vorführung des Schuldners nicht Gericht zu halten, ja, nicht einmahl zugegen zu seyn, so that es nichts zur Sache, daſs die *Nundinae* ein *dies nefastus* waren. Wir erfahren nirgends, daſs an den *Nundinis* alle gerichtliche Handlungen hätten wegfallen müssen. — Bloſs die durften nicht geschehen, die die Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit und Prozeſs-Angelegenheiten zum Gegenstande hatten, weil das Volk nicht von dem Verkehre abgehalten werden sollte, der in den *Nundinis* getrieben wurde. Wie kann also der *dies nefastus*

hier dem Vorführen des Schuldners und dem damit verbundenen öffentlichen Ausrufe durch den Gerichtsdiener entgegen ſtehen? — Der Zweck des ganzen Verfahrens würde vielmehr vereitelt worden ſeyn, wenn ſolches nicht an den *Nundinis* ſelbſt geſchehen wäre, und daher wurden eben die *Nundinae* abſichtlich von den Decemvirn dazu auserſehen.

Daſs die Worte des Fragments: *Airisque. Aiſtimiam. Ioudicatei. Praedicatod.*, nicht von dem Werthe der Schuldforderung an und für ſich, ſondern von der urthelsmäſsigen Gröſse derſelben zu verſtehen ſind, iſt nach dem Zuſammenhange des Ganzen eben ſo unbezweifelt, [n]) als daſs der öffentliche Ausruf nicht, wie *Hottomann* irrig glaubt, zu dem Ende geſchah, um Käufer an dem geſetzlich zur Veräuſserung des Schuldners beſtimmten Tage herbey zu locken. Der Verkauf des Schuldners, wovon in den folgenden Abſchnitten des Fragments die Rede iſt, ſteht mit der Stelle, worüber ich bisher geſprochen habe, in gar keiner Verbindung, und iſt vielmehr das Vorführen des Schuldners und der damit verbundene öffentliche Ausruf als ein Mittel anzuſehen, ſeinen Verkauf zu behindern.

VI. POSTIDEA. *De. Capited. Adictei. Poinas. Sumitod. Aut. Sei. Volet. Uls. Tiberim. Perecrè. Venom. Datod.*

VII. AST. *Sei. Plouſebos. Adictos. Siet. Tertieis. Nundineis. Partis. Secantod. Sei. Plous. Minusve. Secueront. Sed. Fraudec. Eſtod.*

Beym *Gellius* [o]) wird der Inhalt des ſechsten Abſchnitts des Fragments bloſs im erzählenden Tone: *Tertiis autem nundineis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venumibant*, der des ſiebenten und letzten aber mit den eignen Worten des Zwölf-Tafel-Geſetzes: *Tertiis nundinis partis ſecanto, ſi plus minusve ſecuerunt, ſe fraude eſto*, angegeben.

n) *Feſtus*, Voc.: *Aiſtimia.*

o) *L. c.*

Beyde Abſchnitte ſtehen in der genaueſten Verbindung mit einander, und müſſen daher zuſammen erklärt werden.

In Abſicht des Textes iſt noch Folgendes zu bemerken. — Das Wort: *Uls*, welches in dem ſechsten Abſchnitte des Fragments vorkommt, bedeutet ſo viel als *ultra*, p) und kommt häufig bey den alten Lateinern vor. Das Wort: *Sed*, im ſiebenten Abſchnitte des Fragments, bedeutet ſo viel als *ſine*. *Raevard* q) hat beyde Abſchnitte des Fragments auf folgende Art herzuſtellen verſucht: *Tertiis nundinis capiti poenas luito, aut trans Tiberim peregre venum ito. Aſt ſi plures eſunt rei, tertiis nundinis parteis ſecanto, ſi plus minusve ſecueſcunt, ne ſi fraude eſto*, und *Godefroi* r) den ſiebenten Abſchnitt ſo: *Aſt ſi plures erunt rei, tertiis nundinis partis ſecanto: ſi plus minusve ſecuerunt, ſe fraude eſto: ſi volent uls Tiberim peregre venum danto.* Allein die Worte: *ne ſi fraude eſto*, bey *Raevard*, geben ſo wenig, als die Worte: *ſe fraude eſto*, bey *Godefroi*, einen richtigen Sinn. s) Man kann auch mit dem Letztern, aus den oben angeführten Gründen, ſich nicht ſchlechterdings hier auf den *Gellius* berufen, und ich habe daher den Text ſo gegeben, wie ihn *Funccius* t) und *Bouchaud* u) haben. Die Lesart: *Aſt ſi plures erunt rei*, giebt keinen abweichenden Sinn, wenn man unter *rei* ſo viel als *actores* verſteht, was auch wirklich *Raevard* und *Godefroi* darunter verſtanden wiſſen wollen. Aber welches iſt nun der wahre Sinn dieſer beyden letzten Abſchnitte des Zwölf-Tafel-Geſetzes? — Ehe ich mich ſelbſt darüber erklären kann, muſs ich die verſchiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten in der Kürze voraufgehen laſſen.

Faſt alle ältere Rechtslehrer bis auf *Bynckershoeck* v) erklären die Worte: *De. Capited. Adictei. Poinas. Sumitod.*, im ſechsten Abſchnitte des Fragments,

p) *Feſtus* ad *h. v.*

q) *L. ſ. c.*

r) In *Quat. fontib. Iur. civil.*

s) Ich werde mich weiter unten hierüber umſtändlicher erklären. Hier bemerke ich bloſs, daſs das Wort: *ſed*, ein abgekürztes *ſine* iſt. *Gellius* hat bey der Darſtellung des Inhalts der Zwölf-Tafel-Geſetze über das Schuldenweſen bald die Worte der Zwölf-Tafel-Geſetze beybehalten, bald nicht. Hier zeigt es ſich deutlich, daſs er ſie hat beybehalten wollen, und daher konnte er auch nicht anders als *ſe fraude eſto* ſchreiben. — Ich bemerke dies bloſs für diejenigen, welche dem *Gellius* unbedingt folgen zu müſſen glauben.

t) *L. c.*, p. 194.

u) *L. c.*, p. 414.

v) In *Obſervat. Iur. Rom.*, Lib. I, C. 1.

von der Lebensstrafe, der sich nun der Schuldner habe unterwerfen müssen; und die Worte: *Partis. Secantod.*, im siebenten Abschnitte, von einer Zerstückelung des Körpers des Schuldners, auf den Fall, daſs mehrere Gläubiger vorhanden gewesen wären. Sie begründen sich bey dieser Erklärung auf die Worte der Zwölf-Tafel-Gesetze selbst, mit Zuziehung der Grundsätze, welche die ältern Römer von der Strenge der Verbindlichkeit und ihrer Wirkung in der bürgerlichen Gesellschaft annahmen, und berufen sich zur Unterstützung derselben auf die Zeugnisse des Gellius: [w]) *Tertiis autem nundinis capite poenam dabant,* (sc. debitores,) *aut trans Tiberim peregre venum ibant. Sed eam capitis poenam, sanciendae fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu, novisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare. Tertiis, inquit, nundinis partis secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto.* — des Fabius: [x]) *Sunt quaedam non laudabilia natura, sed iure conversa, ut duodecim tabulis, debitoris corpus inter creditores dividi licuit. Quam legem mos publicus repudiavit.* — und des Tertullian: [y]) *Sed et iudicatos in partis secari a creditoribus leges erant, consensu tamen publico crudelitas erasa est: et in pudoris notam capitis poena conversa, bonorum adhibita proscriptione. Suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere.* — Ich muſs hierbey noch bemerken, daſs das Zeugniſs des Gellius darum besonders wichtig ist, weil er eine Unterredung zwischen dem berühmten Römischen Rechtslehrer Caecilius und dem Philosophen Favorinus über die Beschaffenheit älterer Gesetze, und insbesondere des Decemviral-Gesetzes, erzählt, und über den Sinn des Zwölf-Tafel-Gesetzes das einstimmige Urtheil zwey sachverständiger Personen uns überliefert hat.

Ich habe gesagt: Fast alle ältere Rechtslehrer vor *Bynckershoeck* erklärten das Gesetz der zwölf Tafeln von dem Tödten des Schuldners und von der Zerstückelung seines Körpers. Es giebt also auch ältere Rechtslehrer, die diese Erklärung des Zwölf-Tafel-Gesetzes, welche man mit Recht die gemeine nen-

w) *L. c.*
x) *Instit. Orator.*, III, 6.
y) In *Apologet.*, C. 4.

nen kann, verwerfen. Dahin gehören *Desid. Herald* [z]) und *Ann. Robert*; [a]) allein beyde übergehen die Worte: *De. Capited. Poinas. Sumitod*, im sechsten Abschnitte, ohne deren Berichtigung doch der ganze siebente Abschnitt so wenig als insbesondere die darin befindlichen Worte: *Partis. Secantod.*, richtig verstanden werden können. Von den Worten: *Partis. Secantod.*, nehmen sie beyde an, dass darunter keine Zerstückelung des Körpers des Schuldners verstanden werden könne, übrigens aber erklären sie solche auf verschiedene Art. *Herald* meint, das Zwölf-Tafel-Gesetz spreche davon, dass die Arbeiten des *addicti* unter die Gläubiger getheilt werden sollten; und *Robert* hält dafür, es müsse das Gesetz von der Gütertheilung, (*Sectio bonorum,*) verstanden werden. Den *Herald* hat *Salmasius* [b]) auf eine Art abgefertigt, woraus man lernen kann, wie einer nicht abgefertigt werden muss; [c]) den Letztern aber hat *Bynckershoeck* [d]) gründlich widerlegt.

Bynckershoeck hat die Sache von einer Seite angegriffen, von welcher sie angegriffen werden muss; d. h.: er hat mit der Erklärung des sechsten Abschnitts angefangen, ohne welchen man den siebenten nicht erklären kann. — Was seine Erklärung selbst betrifft, so will er die Worte: *De. Capited. Adictei. Poinas. Sumitod.*, im sechsten Abschnitte, von den Zinsen des Capitals, und zwar von den Verzugszinsen, verstanden wissen, die der Schuldner habe entrichten müssen, wenn er die Nachsicht von dreyssig Tagen, worüber ich oben umständlich gesprochen habe, habe verstreichen lassen, ohne zu bezahlen, oder sich sonst mit seinem Gläubiger zu setzen. — Die Worte: *Partis. Secantod.*, in dem siebenten Abschnitte, gehen nach seiner Meinung auf den öffentlichen Verkauf des Schuldners. Ich muss ihn hier, um nichts von seiner Erklärung verloren gehen zu lassen, selbst redend einführen: *Si plures,* (sagt er,) *creditores vicerint debitorem communem, praeterierintque dies iusti,*

z) *De auctor. rer. iudicat.*, II, 25.

a) *Rer. iudicat.* II, 6.

b) In *Observat. ad Ius Attic. et Roman.*, C. XI.

c) D. h.: mit Grobheiten und unter Voraussetzung falscher Principien bey der Demonstration. *Salmasius* meint nämlich ebenfalls, dass in dem sechsten Abschnitte des Zwölf-Tafel-Gesetzes von dem Tödten des Schuldners die Rede ist. — Unter dieser Voraussetzung war es denn sehr leicht, die Behauptung des *Herald* für ungereimt zu erklären.

d) *L. c.*, pag. 7. — Ich werde davon noch weiter unten zu reden Gelegenheit haben.

nec tamen solvat debitor, non uni ex creditoribus aut quibusdam permitti, addictum debitorem sibi retineant, vel pro lubitu clam forte, et privati privatis vendant, sed ut quantum fieri potest, publica aestimatione satisfiat omnibus, eum esse vendendum in auctione publica ipsis nundinis: namque ita neminem suo defraudatum iri, nec quemquam alteri imputaturum, iusto minoris debitorem venisse. Atque hoc, fügt er hinzu,) *sibi volunt postrema Decemvirorum verba: Si plus minusve secuerint, sine fraude esto, id est: nulli imputatur, non suo pretio venditum esse debitorem, publice enim quum res acta sit, nemini hoc est fraudi, ut contra fraudi et damno esse poterat, si quis creditorem, quum carius vendi potuisset, sibi mallet retinere neque venditioni publicae subiicere.*

Seine neue Erklärung hat *Bynckershoeck* auf folgende Art gerechtfertigt: Das Wort: *Caput*, bedeute bey den Lateinern so viel als *Sors*, und komme in dieser Bedeutung nicht nur bey den Alten vor, sondern sey auch in die Sprache der meisten spätern Völker übergegangen, z. B. Capital, u. s. w. Das Wort: *Poena*, werde von den Verzugszinsen bey den Römern gebraucht, wie dies die Römischen Gesetze, besonders *L.* 40 *D. de reb. creditis*, umständlich nachwiesen. — Das Wort: *Secare*, endlich deute bey den Römern nicht blofs eine Zerstückelung, sondern auch einen öffentlichen Verkauf, (*Auctio*,) an, und komme in dieser Bedeutung beständig in den spätern Römischen Gesetzen vor.

Von den Rechtslehrern, welche nach *Bynckershoeck* sich mit der Verfügung der Zwölf-Tafel-Gesetze in Schuldsachen entweder besonders beschäftigt, oder auch solche nur beyläufig berührt haben, sind zwar einige der alten Erklärung getreu geblieben, [e]) die meisten aber haben den Grundsatz vertheidigt, dafs in den Zwölf-Tafel-Gesetzen weder vom Tödten des Schuldners noch

e) Hierher gehören: *Leyser* in *Medit. ad Pand.*, Spec. 474, Med. 1 und 2. *Herm. Cannegieter* in *Observat. Iur. Rom.*, Lib. I, C. 16. *Lud. Mencken de truculentia Iur. Rom. erga debitores. Vitemb.* 1729; und in seinem Progr. *De histor. et fat. debitor. obaerat. I. F. Iugler Dubia de sectione debitorum apud Romanos interpretationi Bynckershoeckianae opposita.* Lips. 1741. *Ger. Io. Iacobson de debitorum sectione ex LL. 12 Tab.* D. Lugd. Bat. 1780. *Püttmann* D. *de cess. bonor. contumeliosa.* Lips. 1784. Ingleichen auch *Funccius* in *Comm. ad LL. 12 Tab.*, pag. 199.

viel weniger von der Zerſtückelung ſeines Körpers die Rede ſey. [f]) — Dieſe letztern ſind in Abſicht des ſiebenten Abſchnitts faſt durchgängig der Erklärung des *Bynckershoeck* gefolgt, in Anſehung des ſechsten Abſchnitts aber haben ſie ſolche meiſten Theils ganz verworfen, und angenommen: daſs die Worte: *De. Capited. Poinas. Sumitod.*, von der Befugniſs des Gläubigers, den Schuldner nunmehr zu ſeinem Sclaven zu machen, verſtanden werden müſſen. — Die Modificationen, die man bey dem einen und dem andern dieſer Erklärer des Zwölf-Tafel-Geſetzes antrifft, intereſſiren zu wenig, als noch beſonders angegeben werden zu müſſen.

Es kommt bey der Erklärung des ſechsten und ſiebenten Abſchnitts des Zwölf-Tafel-Geſetzes und der Worte: *De. Capited. Poinas. Sumitod.*, und: *In. Partis. Secantod.*, insbeſondere vor allen Dingen darauf an: ob den Zeugniſſen des *Gellius*, *Fabius* und *Tertullian* unbedingt zu glauben iſt, oder nicht.

Vor *Bynckershoeck* war man faſt durchgehends der Meinung. Ohne ſie, und den nicht wenig bedeutenden Umſtand: daſs damahls die juriſtiſche Heterodoxie nicht ſo privilegirt war als ſie es heutiges Tages iſt, würde gewiſs *Salmaſius* den *Herald* wegen ſeiner neuen Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes nicht ſo gemiſshandelt haben. — Aber ſeit *Bynckershoeck* hat dieſe Meinung in eben dem Grade an Gewicht verloren, in welchem ſie vorher angenommen wurde.

Die Zeugniſſe des *Fabius* und *Tertullian* ſind meines Bedünkens ſehr unerheblich, und das Zeugniſs des *Gellius* bleibt, wie ich auch ſchon oben bemerkt habe, das, welches faſt allein intereſſiren kann. — Ueber dies referirt *Gellius*, was er unmittelbar aus dem Munde von Sachverſtändigen hat, nicht was von ihm ſonſt in Erfahrung gebracht worden, wodurch ſein Zeugniſs noch viel mehr Gewicht erhält. Mag daher ein *Vives* [g]) ein noch ſo nachtheiliges Urtheil über die Gelehrſamkeit und die Schriften des *Gellius* fällen; mag er

f) Vorzüglich ſind davon *Io. Taylor* in *Comm. ad Legem decemviralem de inope debitore in partes ſecando*, Cantabrigae 1742, und in *Dan. Fellenberg Iur. ant.*, I, 565. *Schaumburg* in Progr. *de ſectione in partes occaſione Legis decemviralis*, Ien. 1746; *Quiſtorp* in den *Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener noch unentſchiedener Rechtsmaterien aus dem bürgerlichen und peinlichen Rechte*, neue Ausgabe, Nr. XX; und *Bouchaud Comment. ſur la loi des douze Tables*, pag. 415; zu bemerken.

g) *De tradend. diſciplin.*, III, 106.

ihn fogar *congeſtor potius quam digeſtor* nennen: ſo wird doch ſein Zeugniſs hier um ſo weniger dadurch entkräftet, als man aus dem ganzen Zuſammenhange des zwanzigſten Kapitels in den *Noctibus Atticis* ſieht, daſs *Gellius* die Unterredung zwiſchen dem Juriſten *Caecilius* und dem Philoſophen *Favorinus* mit Fleiſs und richtiger Urtheilskraft niedergeſchrieben hat. — Ueber dies haben ſich auch andere Gelehrte des *Gellius* mit Recht zu ſehr angenommen, [h]) als daſs man dem einzigen *Vives* unbedingt in ſeinem Urtheile folgen könnte, wenn man auch nicht ſelbſt, wie doch allerdings geſchehen muſs, prüfen wollte. [i])

Daſs *Gellius* die Wahrheit redet, und daſs wirklich die beyden Männer, die er redend einführt, über das Zwölf-Tafel-Geſetz ſo geurtheilt, und den Inhalt deſſelben ſo erklärt haben, als er angiebt, daran, glaube ich, kann auch im mindeſten nicht gezweifelt werden. — Ich behaupte ſogar, daſs in den Zeiten des *Gellius* die Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes, welche wir bey ihm finden, die allgemein angenommene geweſen ſey, und daſs, wenn wir noch einen von den alten Commentatoren des Zwölf-Tafel-Geſetzes vollſtändig hätten, wir gewiſs darin die Beſtätigung finden würden, ob wir gleich auch ſchon jetzt ohne dies im Stande ſind, aus mehrern Stellen des Juſtinianeiſchen Geſetzbuchs zu beweiſen, daſs *Gellius* nicht erdichtet, ſondern Wahrheit niedergeſchrieben hat. — Und die Nahmen der beyden Männer, die er redend einführt, bürgen ſchon dafür, daſs man wegen der mehrgedachten Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes allgemein einig geweſen ſeyn müſſe, oder doch wenigſtens, wenn vielleicht jemand wider dieſe Erklärung Einwendungen gemacht haben ſollte, darauf gar keine Rückſicht genommen worden ſey.

Aber eine andere Frage iſt es: ob wir darum, weil die Römiſchen Juriſten ſelbſt das Zwölf-Tafel-Geſetz ſo erklärt haben, ſchuldig ſind, auch dieſe Erklärung anzunehmen und ſie für die allein richtige zu halten. Für die Bejahung dieſer Frage ſtreitet der Umſtand, daſs die Römiſchen Gelehrten, welche *Gellius* redend einführt, von den Zwölf-Tafel-Geſetzen genauer unterrichtet ſeyn muſsten, als wir jetzt davon unterrichtet ſind, und daſs ſie im Beſitze aller der Schrif-

h) Vergleiche unter andern *Boecler de Compar. Lat. ling. fac.*, I, 38.

i) Ueberall verſteht es ſich von ſelbſt, daſs die Ausſtellungen, die man gegen den *Gellius* macht, uns hier nur in ſo fern intereſſiren können, als von ſeiner Glaubwürdigkeit die Rede iſt. Die Güte ſeines Lateins kümmert uns nicht.

ten, Urkunden und Denkmähler ſich befanden, die dieſe merkwürdigen Geſetze betrafen; ferner, daſs der Zuſtand des Staats und die Stufe der Cultur, worauf die Römer in den Zeiten der Decemvirn ſtanden, ein ſo hartes Geſetz wohl rechtfertigen laſſen. — Die republikaniſche Freyheit läſst ſich hier um ſo weniger einwenden, als die Erfahrung lehrt, daſs ſie in kurzer Zeit dem Volke weit drückender fällt, als die ſtrengſte monarchiſche Regierung. — Und waren denn mehrere in die Blüthe des Römiſchen Freyſtaats fallende Geſetze gelinder als das Zwölf-Tafel-Geſetz nach der gewöhnlichen Erklärung?

Für die Verneinung der vorhin bemerkten Frage ſind folgende Gründe. — Der Römiſche Juriſt *Caecilius* bey *Gellius* geſteht ſelbſt zu, daſs mehrere Stücke des alten Rechts, und insbeſondere auch der Zwölf-Tafel-Geſetze, für die Zeit, worin er lebte, nicht nur ſehr dunkel, ſondern auch faſt unerklärbar wären. — Daſs er dahin auch den ſechsten und ſiebenten Abſchnitt der dritten Tafel des Zwölf-Tafel-Geſetzes rechne, zeigen ſeine Aeuſserungen deutlich genug. Er nimmt die gewöhnliche Erklärung ſeines Zeitalters davon an, und disputirt bloſs über den Geiſt, die Abſicht und die Zweckmäſsigkeit eines ſolchen Geſetzes. — Ueberall waren die Römiſchen Juriſten keine ſo groſsen Critiker und feine Erklärer der Geſetze, als ſie Rechst-Theorien erfanden und die vorhandenen ausbildeten. — Ferner, die Commentare über die Zwölf-Tafel-Geſetze und andere Schriften, welche ſich damit beſchäftigen, fallen in eine Zeit, da ſchon ein groſser Theil dieſer Geſetze auſser Gebrauch gekommen, und ein anderer Theil ganz in Vergeſſenheit gerathen war. Die Römiſche Geſchichte aus den Zeiten der Decemvirn iſt viel zu mangelhaft, und war es damahls ſchon, als daſs man von Allem, was auf die Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes Beziehung hat, eine genaue Kenntniſs hätte haben können. Die Pontifices hatten nicht mehr ſo viel Veranlaſſung als in den Zeiten der Könige, alles, was die Geſetzgebung und Einrichtung des Staats betraf, in ihre Commentare genau zu verzeichnen, und an andern Urkunden fehlte es ganz. — Und die Tradition ſchränkte ſich bloſs auf das ein, was von den alten Geſetzen noch gäng und gäbe war, konnte folglich die mehrgedachten Stellen des Zwölf-Tafel-Geſetzes nicht weiter berühren, da ſolche, wie ich hernach zeigen werde, nicht lange in Gebrauch blieben. — Endlich enthält auch das Zwölf-Tafel-Geſetz nach der gewöhnlichen Erklärung eine abſcheuliche und bey den roheſten Völkern nur

denkbare Verfügung, — eine Verfügung, wogegen ſich gewiſs die ganze Nation würde empört haben, die ſelbſt in den Zwölf-Tafel-Geſetzen der Linderung wegen der Schuldbedrückungen entgegen ſah, und welche auch ſolche wirklich darin erhielt, wie jedem einleuchten muſs, wenn er die fünf erſten Abſchnitte des Zwölf-Tafel-Geſetzes über das Schuldenweſen mit dem willkührlichen Verfahren in den Zeiten der Könige vergleicht. [k]) — Und auf dieſe milden Verordnungen eine unmenſchliche Verfügung folgen zu laſſen, widerſpricht dem geſunden Menſchenverſtande. Es wiſſen auch alle Römiſche Scribenten von keinem Beyſpiele, daſs dieſe Vorſchrift der Zwölf-Tafel-Geſetze nach der gewöhnlichen Erklärung zur Ausübung gekommen wäre, und ſelbſt die beyden Gelehrten beym *Gellius* ſtimmen dieſen bey! — Und gleichwohl zeigen die dermahlige Lage und der Zuſtand des Volks, daſs ſie, (wiewohl vernünftig und nach der Abſicht der Geſetzgeber erklärt,) häufig zur Ausübung gekommen ſeyn müſſe. — Zwar ſcheint es, nach der Veranlaſſung der *Lex Poetelia Papiria,* wovon ich im folgenden Kapitel reden werde, zu urtheilen, als wenn man bey dem erſten Verfahren bey der vorläufigen Addiction in Schuldſachen ſtehen geblieben ſey, und das weitere Verfahren wegen der Grauſamkeit, womit es nach der gewöhnlichen Erklärung verbunden war, hintenan geſetzt habe; allein der Inhalt der *Lex Poetelia Papiria* giebt wieder deutlich zu erkennen, daſs auch das letztere Verfahren in ſeinem ganzen Umfange noch damahls Statt gefunden haben müſſe.

Man muſs unter dieſen Umſtänden entweder blindlings Auctoritäten folgen, oder man muſs ſich für die verneinende Meinung erklären, und annehmen: daſs ſelbſt der Römiſche Juriſt *Caecilius* beym *Gellius* das Zwölf-Tafel-Geſetz nicht richtig verſtanden habe. — Der Behelf, daſs die Decemvirn bloſs dem Volke einen Schrecken hätten einjagen wollen, und daſs, nach ihrer eignen Abſicht, das Geſetz nicht in Erfüllung habe gebracht werden ſollen, iſt gar kein Behelf. — Wozu ein Geſetz, von dem man ſchon im voraus weiſs, daſs es nicht zur Anwendung gebracht werden ſoll? — Oder ſollte vielleicht dies ein Geheimniſs des Richters bleiben, ſo würde es doch gleich auf den erſten oder zweyten Fall, da das Geſetz zur Anwendung gekommen wäre, verrathen worden ſeyn. — Und wie kann man nur auf

k) Darum kann immer das Verfahren in Schuldſachen, welches in den Zwölf-Tafel-Geſetzen vorkommt, in anderer Hinſicht ein ſehr rigoröſes Verfahren genannt werden, wie ich mich dieſes Ausdrucks oben bedient habe.

ſo etwas verfallen, wenn man weiſs, was die Abſicht und der Zweck bey Verfertigung der Zwölf-Tafel-Geſetze geweſen ſind? — Eben daher iſt auch eine andere Behauptung zur Vertheidigung der gewöhnlichen Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes: daſs die Decemvirn es nur den Gläubigern erlaubt hätten, den Schuldner zu zerſtückeln, aber nicht befohlen, und daſs gewiſs niemand von ſolcher Erlaubniſs wegen der Grauſamkeit, die dabey zum Grunde liege, Gebrauch gemacht haben würde; ganz ungereimt. 1)

1) Dem Einwande: daſs nicht nur die Zwölf-Tafel-Geſetze, ſondern ſelbſt ſpätere Römiſche Geſetze ähnliche grauſame Verfügungen enthielten, habe ich ſchon oben dadurch im Allgemeinen begegnet, daſs ich behauptet habe: die Decemvirn hätten nach der Lage, worin ſie ſich befanden, ſo etwas Unerhört-grauſames, als die Zwölf-Tafel-Geſetze über das Schuldenweſen bey der gewöhnlichen Erklärung enthalten, nicht anordnen können. — Mögen immerhin ſo wohl die Zwölf-Tafel-Geſetze als andere ſpätere Römiſche Geſetze noch ſo harte Verfügungen enthalten, ſo können ſolche doch mit der Verordnung von der *ſectio debitoris*, wenn man ſolche von Zerſtückelung des Körpers erklärt, in keine Vergleichung gebracht werden. — Zudem iſt auch zwiſchen Criminal-Geſetzen, welche jene Geſetze alle mit einander ſind, und andern Geſetzen bekanntlich ein himmelweiter Unterſchied.

So wenig mir alſo jener Einwand hier weiter entgegen ſtehen kann, eben ſo wenig kann mich ein anderer ähnlicher, und der irre machen, daſs man bey den Römiſchen Claſſikern, beſonders bey den Dichtern, von Zerbrechung und Zerſtückelung, oder Zerfleiſchung, (*Dilaceratio.*) des Körpers, als etwas nicht Ungewöhnlichem, leſe, womit faſt alle diejenigen hervor treten, die nach *Bynckershoeck* die alte Erklärung in Schutz genommen haben. — Ein Mahl beweiſet das gar nichts; weil nirgends in Beziehung auf das Zwölf-Tafel-Geſetz, weder im Allgemeinen noch insbeſondere auf den ſechsten und ſiebenten Abſchnitt der dritten Tafel, geſprochen wird. — Und dann zweytens weiſs jeder, daſs die exaltirte Imagination der Dichter Dinge ſchafft, die in der Wirklichkeit gar nicht exiſtiren. — Aber wir wollen zugeben, daſs ſie exiſtirt haben; wird dadurch das mindeſte bewieſen? Man muſs zugeben, daſs kein einziges Beyſpiel von der Zerſtückelung der Schuldner bekannt iſt, und daſs ſelbſt der Juriſt beym *Gellius* es nicht zu kennen behauptet. Mag alſo von Zerſtückeln und Zerreiſsen des Körpers ſo viel bey den Claſſikern vorkommen, als da will; ſo folgt daraus für die gewöhnliche Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes noch nichts, eben ſo wenig, als daraus, wenn in einem peinlichen Geſetze von Rädern und mit Keulen todt ſchlagen etwas vorkommt, ſolches für dieſe Erklärung herbey gezogen werden kann. Was mich wundert, iſt: daſs ich bey der oft gedachten Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes *Ovids* Verwandlungen nicht häufiger angeführt gefunden habe, wo doch die Menſchen durchgehends wie Holz geſpalten und wie ein Stück Linnen nach der Phantaſie des Dichters zerriſſen werden. — Die einzigen Al-

Wenn ich mich unter diesen Umständen allerdings auch auf die Seite derjenigen schlagen muss, die annehmen: dass das Zwölf-Tafel-Gesetz weder vom Tödten des Schuldners noch vom Zerstückeln seines Körpers zu verstehen sey; so folgt daraus noch nicht, dass ich das Gesetz so wie *Bynckershoeck*, und die, welche ihm hernach in der Hauptsache gefolgt sind, erklären müsse. Die Erklärung des *Bynckershoeck* ist offenbar erzwungen, gewaltsam, und daher ganz zu verwerfen, in so fern sie den sechsten Abschnitt und die Worte: *De. Capited. Poinas. Sumitod.*, betrifft. — Viel richtiger erklären sie die neuern Juristen von dem Verluste der Freyheit, den jetzt der Schuldner nach dem Ablaufe der sechzig Tage habe erleiden müssen. — Eher lässt sich noch die *Bynckershoeckische* Erklärung der Worte des siebenten Abschnitts: *Partis. Secantod.*, hören, die daher auch von den neuern Rechtsgelehrten angenommen worden ist.

Ohne den künftigen Erklärern des Zwölf-Tafel-Gesetzes vorzugreifen, oder der Ehre derjenigen, die bereits dasselbe zu erklären versucht haben, auch nur im geringsten zu nahe zu treten, will ich sagen, wie ich mir die Sache vorstelle. — Ich nehme an: dass das Gesetz, wenn man es wörtlich nimmt, von der Tödtung des Schuldners und der Zerstückelung und Vertheilung seines Körpers unter die Gläubiger redet, aber dass alles dieses auch nicht in der That so anzunehmen, sondern bloss figürlich zu verstehen sey. Wenn nämlich der Schuldner im zweyten Termine nicht Zahlung leisten oder sich auf andere Art mit dem Gläubiger setzen konnte, so wurde er demselben, wie ich oben bemerkt habe, von dem Prätor zugesprochen. Diese Addiction, welche *in foro* geschah, war bloss eine solche, die vermöge der Jurisdiction allein geschehen konnte, aber den Gläubiger, wie ich ebenfalls oben gezeigt habe, noch nicht zur Ausübung der Rechte, welche er nach den Gesetzen an der Person des Schuldners hatte, und die ihm jetzt gericht-

legate aus den Schriften der Alten, die man noch für die gewöhnliche Erklärung des Zwölf-Tafel-Gesetzes brauchen könnte, würden die seyn, welche von der Misshandlung der Sclaven reden. Allein wenn auch die Römer den Sclaven noch so grausam behandelten, und ihn durch Schläge zerfleischten, auch wohl tödteten, so war es gewiss etwas Unerhörtes, seinen Körper in Stücke zu zerhacken, und es würde daher gar unerhört gewesen seyn, eine solche Barbarey durch Gesetze in den kaltblütigsten Ausdrücken zu privilegiren.

lich zuerkannt waren, autorisirte, sondern ihn bloss befugt machte, den Schuldner zur Sicherheit, damit er nicht entfliehen, auch nicht zum Nachtheile des Gläubigers über sein Vermögen disponiren konnte, in gefänglichen Gewahrsam zu bringen. — Jetzt folgte nun, wenn der weitere Aufschub fruchtlos abgelaufen, und die noch über dies verwilligten sechzig Tage ebenfalls ohne nützliche Wirkung für den Schuldner gewesen waren, der entscheidende Streich, welcher dem Schuldner seine Persönlichkeit ganz raubte, und den Gläubiger zur Ausübung seiner Rechte befugt machte, — die nochmahlige Addiction von dem Prätor *in Comitio,* oder vielmehr nur die Bestätigung der bereits geschehenen Addiction, in Gegenwart des versammelten Volks. — Dies sagt zwar das Gesetz nicht mit ausdrücklichen Worten, aber es brauchte auch davon nichts zu sagen, da nur das Verfahren in Schuldsachen an und für sich darin bestimmt werden sollte, nicht aber das, was sich schon von selbst verstand, und dabey bloss etwas zufälliges war; denn sonst hätte es noch viele andere Dinge bestimmen müssen. Auch ist das, was ich so eben gesagt habe, schon in den Worten des sechsten Abschnitts: *De. Capited. Adictei. Poinas. Sumitod.*, zu deutlich enthalten, als dass es noch einer besondern Bestimmung bedurft hätte. — Denn wenn jemand zum Sclaven gemacht und seiner Persönlichkeit beraubt werden sollte, so konnte dies nicht von dem Richter allein geschehen, sondern es wurde dazu die Genehmigung des Volks erfordert, die in allen Fällen nöthig war, wo ein Bürger weniger werden sollte.

Dass aber die Worte des sechsten Abschnitts: *De. Capited. Adictei. Poinas. Sumitod.*, von dem Rechte des Gläubigers, dem Schuldner seine Persönlichkeit nunmehr zu entziehen, sprechen, ist unter Voraussetzung desjenigen, was die vorigen Abschnitte bey einer richtigen Erklärung ergeben, nicht mehr dem mindesten Zweifel unterworfen. Dass *Caput* so viel als der Zustand eines Menschen bey den Römern bedeutete, ist eine zu bekannte Sache, als dass man darüber erst den Beweis zu führen nöthig hätte. — Das Wort: *Poena*, kann hier nicht in der Bedeutung genommen werden, worin wir dasselbe heutiges Tages nehmen, nämlich als eine Strafe, die der Staat auf ein Verbrechen oder eine andere Vergehung setzt, und in welcher Bedeutung es auch den Römern nicht unbekannt war. — Man muss es ganz im Sinne des ältern Römischen Rechts nehmen, wo es auch so viel als eine Ahndung und Genugthuung bedeutet, die

man ſich verſchafft. Hiernach wollten nun die Decemvirn weiter nichts ſagen, als: Wenn dem Schuldner nun endlich nicht mehr geholfen werden kann, ſo ſoll der Gläubiger berechtigt ſeyn, ſich dadurch Genugthuung zu verſchaffen, daſs er demſelben ſeine Perſönlichkeit, ſein *Caput*, entzieht. Und da dieſe Entziehung nicht eigenmächtig geſchehen durfte, ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daſs der Gläubiger, wie ich auch ſchon vorher bemerkt habe, dazu noch beſonders *in Comitio* vor dem verſammelten Volke ermächtigt werden muſste. — Dazu ſcheint mir überall die Haltung des Gerichts *in Comitio* nöthig geweſen zu ſeyn, um ſolche gerichtliche Handlungen vorzunehmen, die der Prätor nicht allein für ſich oder doch nicht in der Stille [m]) verrichten konnte. — Und dahin gehörte vorzüglich, wenn durch die Hände der Gerechtigkeit das *Caput* eines freyen Bürgers fallen ſollte. [n])

Die Alternative, welche das Geſetz ausdruckt: *De. Capited. Poinas. Sumitod. Aut. Sei. Volet. Uls. Tiberim. Perecrè. Venom. Datod.*, ſtehen dieſer Erklärung eben ſo wenig, als das Wort: *Adictei.*, welches zwiſchen *De. Capited.* und *Poinas.* in dem Texte vorkommt, entgegen. — Die Wahl, welche ihm das Geſetz frey läſst, hat offenbar ihren Grund in dem Griechiſchen Rechte, wie ſich aus einer Vergleichung desjenigen ergiebt, was ich im erſten Kapitel von dem Schuldenweſen bey den Griechen geſagt habe. Wollte ſich der Gläubiger nicht ſelbſt mit dem Schuldner für die Zukunft befaſſen, deſſen Beſitz ihm aus mancherley Urſachen ſehr läſtig fallen konnte, ſo erklärte er, denſelben verkaufen zu wollen. Dazu muſste er *in Comitio* vor dem Volke eben ſo gut ermächtigt werden, als dieſe Ermächtigung nöthig war, wenn er den Schuldner für ſich behalten wollte. Der Unterſchied war bloſs der, daſs hier nicht das *Caput* des Schuldners dem Gläubiger zugeſprochen wurde, ſondern man ihn bloſs zum Verkaufe des Schuldners ermächtigte. — *Addictus* war der Schuldner ſchon im

m) Darum ſagt auch *Iſidor*, (Lib. XV,) ſchlechthin von dem Tribunale des Prätors: *Eſt locus in ſublimi conſtitutus, unde univerſa exaudiri poſſunt.* — Auch hat in allen dieſen die erhabene Schilderung ihren Grund, die *Quinctilian*, (*Inſt. Orat.*, C. 3, p. 1028,) von dem Verfahren vor dem Prätor *in Tribunali* macht. — Vergleiche hier überall *Perizon. de Praetorio*, D. II.

n) Vergleiche *von Almendingen*, *a. a. O.*, S. 54.

zweyten Termine geworden, daher geht die Alternative des Gesetzes auch zugleich auf das Wort: *Adictei*, weil hier von dem letzten und entscheidenden Streiche die Rede ist. — Die Worte: *uls. Tiberim. perecrè. venumdanto.*, zeigen wieder deutlich, dass die Decemvirn das Griechische Recht vor Augen gehabt haben, denn ich habe oben, (Kap. 1,) gezeigt, dass es bey den Griechen nicht erlaubt gewesen, den Schuldner an Einheimische zu verkaufen, sondern dass die Veräusserung an Fremde und ausserhalb Landes geschehen musste. — Die Gegend jenseits der Tiber, auf welche das Gesetz hinweiset, wurde in der Zeit der Verfertigung der Zwölf-Tafel-Gesetze grössten Theils von fremden Völkern bewohnt, und das: *uls Tiberim*, deutet daher die Districte an, die ausserhalb der Grenzen von Latium lagen. Das Wort: *Perecrè*, giebt diesem noch grössere Unterstützung. Ob übrigens diese Vorschrift des Zwölf-Tafel-Gesetzes mit den alt-Römischen Sitten überein komme, ist eine andere Frage, die wegen ihres geringen Einflusses immer unentschieden bleiben mag. Ich glaube, sie lässt sich sehr gut damit vereinbaren, wenn man erwägt, dass ein groser Unterschied war, wenn ein freyer Mensch verkauft werden sollte, und einer, über dessen Persönlichkeit man schon disponiren konnte. Sagte das Gesetz statt: *Aut. Sei. Volet.*: *Et. Sei. Volet.*, und legte folglich bey der letzten Sanction die bereits geschehene *Capitis* Deminution zum Grunde; so würde der nur erlaubte Verkauf des Schuldners *uls Tiberim* mit den bisherigen Sitten der Römer contrastiren: allein, da das Gesetz dem Gläubiger die Wahl lässt, ob er sich die Persönlichkeit des Schuldners selbst zusprechen, oder die Befugniss ertheilen lassen will, ihn *uls Tiberim* zu verkaufen; so ist kein solcher Contrast vorhanden, denn im letztern Falle konnte der Schuldner als völlige Person nicht an Einheimische und Bürger verkauft werden. — Und wer weiss, ob nicht die Römer bey dem Verkaufe des Schuldners schon vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen Griechische Sitten beobachteten.

Was das Gesetz auf den Fall vorschreibt, wenn ein Gläubiger vorhanden war, musste auch natürlich auf den Fall der Mehrheit der Gläubiger Statt finden. Es stand daher diesen ebenfalls frey, ob sie sich im dritten Termine die Persönlichkeit des Schudners zusprechen, oder sich autorisiren lassen wollten, den Schuldner zu verkaufen. Im letztern Falle bedurfte es weiter keiner gesetzlichen Be-

ſtimmung; aber im erſtern Falle ſchien es den Decemvirn noch nöthig, eine Anordnung zu machen.

Und dieſe Anordnung enthält denn nun der ſiebente Abſchnitt. — Die zuerſt hier vorkommenden Worte: *Tertieis. Nundineis.*, gehen auf den dritten Termin und auf das Endverfahren, und zeigen an, daſs den mehrern Gläubigern die Perſönlichkeit des Schuldners bereits zugeſprochen war, worüber die ganz vorn im dritten Abſchnitte ſtehenden Worte: *Aſt. Sei. Plouſebos. Adictos. Siet.*, vollends keinen Zweifel übrig laſſen. — Hingegen die nun folgenden Worte: *Partis. Secantod.* etc., gehören eigentlich hierher, und wollen wirklich ſo viel ſagen, daſs die Gläubiger den Schuldner unter ſich theilen ſollen, und wer dabey zu kurz kommt, ſoll es ſich ſelbſt zuzuſchreiben haben.

Aber nicht vom Zerſchneiden und Zerſtückeln ſpricht das Geſetz, ſondern es redet figürlich und iſt nach folgenden Grundſätzen zu erklären.

Es iſt gleich zu Anfange dieſes Kapitels bemerkt worden, daſs die Decemvirn den Grundſatz des natürlichen Rechts: Alle Verbindlichkeiten fallen zuerſt auf die Perſon des Schuldners und hiernächſt auf ſein Vermögen; zwar im Ganzen anerkannt hätten, allein daſs ſie durch die herrſchenden Begriffe von der Strenge der Verbindlichkeit und dem Eigenthume wären behindert worden, demſelben ſeine volle Ausdehnung in der bürgerlichen Geſellſchaft zu verſchaffen. Die Römer nahmen nämlich, wie *von Almendingen* noch neuerlich ſehr richtig bemerkt hat, den Grundſatz an: daſs eigentlich nur die Perſon des Schuldners ſelbſt für die Verbindlichkeit hafte, und daſs der Gläubiger ohne ſeine Bewilligung, oder ohne daſs die Perſon des Schuldners ihm wäre zugeſprochen, oder ihm erlaubt worden, ſolche wegzuſchaffen, nicht an das Vermögen kommen könne, weil ſolches unzertrennlich mit der Perſon verbunden war. — Daher kommt es denn auch, daſs das Zwölf-Tafel-Geſetz gar nicht von dem Vermögen des Schuldners, ſondern allein von deſſen Perſon redet.

Wenn die Perſönlichkeit dem Schuldner in dem dritten Termine war geraubt worden, ſo wurde er in Anſehung des Gläubigers und im Verhältniſſe zu demſelben eine Sache. — Wie weit die Rechte des Gläubigers gingen, den Schuldner als Sache zu behandeln, und in welchem Verhältniſſe er nun zu den übrigen Bürgern des Staats und zu dem Staate ſelbſt ſtand, davon werde ich

hernach noch umſtändlicher reden. — Hier bemerke ich nur vorläufig, daſs die Gläubiger nicht nur den Schuldner ſelbſt, ſondern auch alle diejenigen, welche unter ihm als Hausvater und Herr ſtanden, nebſt dem ſämmtlichen Vermögen in ihre Gewalt bekamen, wenn ſie ſich die Perſönlichkeit deſſelben hatten zuſprechen laſſen, ſonſt aber nur und wenn ihnen die Befugniſs, den Schuldner zu verkaufen, war zugeſtanden worden, nach geſchehenem Verkaufe ſich ſeines Vermögens bemächtigen konnten. — Ferner, daſs, wenn der entſcheidende Streich geſchehen war, man ſich nun von Seiten des Staats nicht weiter in das Schuldenweſen miſchte, ſondern das Uebrige dem Gläubiger, oder den Gläubigern, wenn ſie in der Mehrheit vorhanden waren, überlieſs.

Nun kann die Erklärung des ſiebenten Abſchnitts weiter keine Schwierigkeiten haben, und bloſs die Kürze, womit die Decemvirn die Sanction ihres Geſetzes ausdruckten, und der Umſtand, daſs man dabey nicht voraus geſetzt hat, was doch nothwendig voraus geſetzt werden muſste, hat ſie ſchwierig machen können. Die Decemvirn ſetzen bey dieſer ihrer letzten Verfügung in Schuldſachen voraus: 1. daſs mehrere Gläubiger da ſind, und 2. daſs dieſen die Perſönlichkeit des Schuldners ſo iſt zugeſprochen worden, wie ſie nach dem ſechsten Abſchnitte einem Gläubiger zugeſprochen werden ſollte. Sie legen ferner 3. das Princip zum Grunde, daſs die Verbindlichkeit die Perſon des Schuldners nur afficire, und richten daher dieſe Verfügung eben ſo an die Perſon deſſelben, als ſie die vorigen Verfügungen daran gerichtet hatten. Sie ſehen endlich 4. nun, nachdem die Beraubung der Perſönlichkeit geſchehen war, den Schuldner im Verhältniſſe zu dem Gläubiger als eine Sache an. Wenn ſie alſo ſagen: *In. Parteis. Secantod.*, ſo heiſst das weiter nichts, als: Die Gläubiger ſollen den Schuldner, als die Hauptſache, nebſt dem, was ihm anhängig iſt, unter ſich theilen, d. h.: ſich über ihn und ſein Vermögen mit einander vergleichen; und wer bey dieſer Auseinanderſetzung zu kurz kommt, der ſoll es ſich ſelbſt zu verdanken haben, daſs er ſich nicht beſſer dabey vorgeſehen hat. Das Geſetz ſchlieſst in den letzten Worten: *Sed. Fraude. Eſtod.*, alle Läſions-Beſchwerden aus, die bey einer ſolchen auſsergerichtlichen Auseinanderſetzung etwa vorfallen konnten, weil die Auseinanderſetzung ſich auf einen Vertrag gründete. Dieſe letztere Erklärung wird dadurch noch beſonders gerechtfertigt, daſs in den ſpätern Zeiten erſt theils durch den Prätor, theils durch die Conſtitutionen der Kaiſer überall Rechtsmittel eingeführt

wurden, wenn jemand bey dergleichen aufsergerichtlichen Theilungen war verletzt worden.

Hieraus zeigt fich denn nun deutlich genug, dafs die Decemvirn nicht an die Zerftückelung des Körpers des Schuldners gedacht, fondern blofs figürlich gefprochen haben, und nach den Umftänden auch nicht anders fprechen konnten. — Und wenn gleich das Gefetz nur eigentlich den Fall unterftellte, da die Perfönlichkeit des Schuldners dem Gläubiger war zugefprochen worden, fo folgt doch aus dem Geifte und der Abficht deffelben, dafs auch der andere Fall mit darunter begriffen fey, da die Gläubiger blofs waren ermächtigt worden, den Schuldner zu verkaufen. Denn hier war zwar nicht fo viel, aber auch noch genug zu theilen übrig, nämlich das Kauf-Pretium und das Vermögen des Schuldners.

Da jetzt noch keine Vorzüge einer Forderung vor einander Statt fanden, mithin die Theilung und Ausgleichung nach der Gröfse der Schuldforderung gefchehen mufste, die im erften Termine fchon ihre rechtliche Beftimmung erhalten hatte; und ferner, wenn die Gläubiger fich die Perfönlichkeit des Schuldners hatten zufprechen laffen, auch darüber die Abkunft unter den Gläubigern getroffen werden mufste, wie der Schuldner, und die in feiner Gewalt ehedem, als er noch ein *Caput* hatte, ftehenden Perfonen in der Folge Dienfte und Arbeiten leiften follten: fo war die Ausgleichung allerdings mit Schwierigkeiten verbunden, und konnte leicht der eine oder der andere Gläubiger dabey zu kurz kommen. Aber fo wie man fich von Seiten des Staats in diefe Ausgleichung nicht mifchte, fo wollte man auch weiter keine Läfions-Befchwerde des einen oder des andern Gläubigers hören.

Der richtige Sinn des fechsten und fiebenten Abfchnitts ift alfo diefer:

Wenn auch der letzte Termin fruchtlos abgelaufen ift, fo foll nun der Gläubiger den Schuldner mit dem Verlufte feiner Perfönlichkeit beftrafen, oder, wenn er es für beffer hält, denfelben aufser dem Gebiete von Latium verkaufen können.

Wenn aber der Schuldner ein *Addictus* mehrerer Gläubiger geworden ift, fo follen fie ihn nach Ablauf des letzten Termins unter fich theilen; und wer bey diefer Theilung zu kurz

kommt, hat es ſich ſelbſt zu verdanken, daſs er nicht beſſer für ſich geſorgt hat.

Dabey verſteht es ſich, ohne meine Erinnerung, daſs bey den einzelnen Verfügungen des Zwölf-Tafel-Geſetzes das, was ich oben bemerkt habe, zum Grunde gelegt und hinzu gedacht werden müſſe.

So viel über das Zwölf-Tafel-Geſetz ſelbſt. — An die *ſectio perſonae*, die hier im figürlichen Sinne vorkommt, und, wie ich gezeigt habe, mehr in ſich begriff, als ſie den Worten nach hätte in ſich begreifen können, trat ſpäterhin die *ſectio bonorum*, wovon ich dereinſt handeln werde, unter einer ebenmäſsigen Modification, als Theilung und Ausgleichung, und nicht als Zerreiſsung der Güter des Schuldners in Stücke, wenn mehrere Gläubiger da waren. Mich wundert nur, daſs die Rechtslehrer, welche die in den Zwölf-Tafel-Geſetzen vorkommende *ſectio debitoris in partes* von der Zerſtückelung ſeines Körpers erklärt haben, nicht auch die ſpätere *ſectio bonorum* ſo ausgelegt haben, daſs die Gläubiger jedes dem Schuldner zugehörige Stück hätten zerreiſsen und jeder ſeinen Theil davon nehmen müſſen, da doch hier ein gleicher Erklärungsgrund vorhanden iſt.

Ich will nun noch einige Unterſuchungen, theils über das Zwölf-Tafel-Geſetz ſelbſt, theils aber über die Veränderungen, welche es in dem Schuldenweſen hervor brachte, und über das Verhältniſs der Schuldner, die dadurch in die Sclaverey ihrer Gläubiger geriethen, anſtellen. Sie ſind ſo wohl zur Rechtfertigung desjenigen, was ich vorher geſagt habe, als zur Erreichung der Vollſtändigkeit nöthig.

Ich habe oben wiederhohlt behauptet: das Zwölf-Tafel-Geſetz enthalte ſehr rigoröſe Verordnungen in Schuldſachen; und bald darauf: das Volk habe in dieſen Geſetzen einer Linderung der Schuldbedrückungen entgegen geſehen und eine ſolche auch wirklich erhalten. Dies ſcheint beym erſten Anblicke widerſprechend zu ſeyn, iſt es aber nicht, wenn man alles reiflich überlegt. Man muſs ſchaudern, wenn man die willkührliche und grauſame Behandlung der Schuldner vor den Zwölf-Tafel-Geſetzen, beſonders zu Anfang des Freyſtaats, bey dem *Dionys*

von Halicarnaſs o) lieſt. — Wenn der Schuldner an dem beſtimmten Tage die Zahlung nicht geleiſtet hatte, nahm ihn der Gläubiger auch wohl ohne vorgängige Addiction mit ins Gefängniſs. Hier behandelte er ihn aufs grauſamſte, entzog ihm die nöthigen Nahrungsmittel und Kleidungsſtücke, und lieſs ihn in dieſem erbärmlichen Zuſtande mehrere Jahre hinbringen. Das Zwölf-Tafel-Geſetz hat allerdings den Zuſtand der Schuldner erleichtert; durch die Ertheilung der mehrern Friſten, und durch die Beſtimmung, wie der Schuldner im Gefängniſſe gehalten werden ſoll. Wer weiſs, was das Zwölf-Tafel-Geſetz auſser der Dispoſition über die Beköſtigung des Schuldners noch ſonſt für Verfügungen enthalten hat, die verloren gegangen ſind, und über welche wir daher auch jetzt nicht urtheilen können, da wir uns bloſs auf die übrig gebliebenen Bruchſtücke einſchränken müſſen. Bey dem allen ſind und bleiben doch die Verfügungen der Zwölf-Tafel-Geſetze noch rigorös genug, wenn wir ſie mit unſern Geſetzen, oder auch nur mit den ſpätern Römiſchen Geſetzen, in Schuldſachen in Vergleichung ſtellen.

Ich müſste mich ſehr irren, oder ich treffe in dem Zwölf-Tafel-Geſetze über das Schuldenweſen eine d o p p e l t e A r t von Verfügungen an. E i n M a h l ſolche, die ſich auf ſchon vorhandenes Gewohnheitsrecht gründen; und z w e y t e n s ſolche, wodurch etwas ganz neues eingeführt wird.

Zu den e r ſ t e r n rechne ich, daſs nur die Perſon des Schuldners der Gegenſtand allein iſt, an welchen ſich der Gläubiger wegen der Verbindlichkeit halten kann; daſs er ſeine Addiction zu verlangen befugt iſt, ihn mit ſich ins Gefängniſs nehmen und endlich zu Sclavendienſten gebrauchen, auch, um deſto ſchneller zu ſeiner Befriedigung zu gelangen, verkaufen kann.

Unter die l e t z t e r n zähle ich die genaue Beſtimmung des Verfahrens in Schuldſachen; die mehrern Dilationen; die Beſtimmungen, wie der Schuldner im Gefängniſſe gehalten werden ſoll; die Vorführung des Schuldners in den *Nundinis;* den entſcheidenden Streich durch die Beſtäſtigung der Addiction *in Co-*

o) *Antiq. Rom.*, VI, pag. 361, 40, und pag. 362, 10, 20, wo die interimiſtiſche Verfügung des *S e r v i l i u s* gegen die Schuldbedrückungen: μηδένα τῶν δανειστῶν ἐξεῖναι σῶμα πολιτικὸν πρὸς ἴδιον χρέος ἄγειν, ἕως ἂν ἡ βουλὴ περὶ αὐτῶν διαγνοίη, τοὺς δὲ παρόντας ὅποι βούλοιντο ἀδεῶς ἀπεῖναι, beſonders merkwürdig iſt.

mitio vor dem Prätor, welcher dem Schuldner die Perſönlichkeit raubte, nebſt dem, was das Geſetz über die *Sectio debitoris in partes* enthält.

Daſs ſchon vor den Zwölf-Tafel-Geſetzen der Grundſatz bey den Römern gegolten habe, daſs ſich der Gläubiger nur lediglich an die Perſon des Schuldners halten könne, bedarf keines weitläuftigen Beweiſes. Was ich im zweyten Kapitel von dem *Servius Tullius* und deſſen Bemühungen, die Gläubiger an das Vermögen des Schuldners zu verweiſen, geſagt habe, giebt über die Zeiten der Könige davon den unwiderſprechlichſten Beweis; und daſs es in den erſten Zeiten des Freyſtaats nicht anders geweſen ſey, darüber fehlt es auch nicht an Beweiſen. Die Addiction des Schuldners war gleichfalls nach dem *Dionys von Halicarnaſs* in Gebrauch: und daſs ſich die Gläubiger, beſonders in den erſten Zeiten des Freyſtaats, wo es überall ſehr revolutionsmäſsig herging, und wo es ſo wohl an Geſetzen als an einer richtigen Gerichtspflege mangelte, auch wohl es erlaubten, den Schuldner, wenn er an dem Tage, auf welchen er es verſprochen hatte, nicht Zahlung leiſtete, ohne alles weitere gerichtliche Verfahren, und ohne die Addiction abzuwarten, ins Gefängniſs zu führen; davon zeugt ebenfalls die Erzählung des eben gedachten Geſchichtſchreibers. — Daſs die Gläubiger auch befugt waren, den Schuldner zu Sclavendienſten zu gebrauchen, und ihn zu verkaufen, lernen wir ſo wohl aus dem *Dionys von Halicarnaſs* als aus andern Schriftſtellern. — Aber die förmliche Beſtätigung der Addiction *in Comitio*, wodurch dem Schuldner ſeine Perſönlichkeit geraubt wurde, nebſt dem, was ſonſt noch die Zwölf-Tafel-Geſetze enthalten, iſt etwas ganz Neues und ihnen nur Eignes.

Ich ſtelle mir die Verbindung zwiſchen dem ältern und neuern Rechte und überall die Sache ſo vor. Man erlaubte den Gläubigern vor den Zwölf-Tafel-Geſetzen, den ihnen zugeſprochenen Schuldner, (denn was ſie ohne Addiction thaten, und man ihnen nachſah, war darum doch keinesweges Recht,) ins Gefängniſs zu werfen, ihn hier nach ihrem Belieben eine Zeit lang zu behalten, und zu verſuchen, ob er nicht Zahlung leiſten oder ſich jemand ſeiner annehmen werde, und wenn ſolches nicht erfolgte, ihn zu Sclavendienſten zu gebrauchen, oder zu verkaufen, ohne daſs im erſten Falle noch eine förmliche Beraubung der Perſönlichkeit nöthig war. Daſs nach dem *Dionys von Halicarnaſs* p) die Gefäng-

p) *L. c.*, p. 361, 30.

nisse so voll *Nexi* und *Vincti* waren und die Schuldner darin schon so lange gesteckt hatten, hatte lediglich darin seinen Grund, weil durch den Verkauf des Schuldners, oder durch dessen Gebrauch zu sclavischen Arbeiten, die Schuld immer schlecht bezahlt wurde, man eigentliche Sclaven genug hatte, und daher lieber abwarten wollte, ob nicht jemand aus Mitleiden den Schuldner auslösen möchte, wenn er dessen üble Behandlung im Gefängnisse hörte. Vielleicht quälte man daher absichtlich den Schuldner im Gefängnisse, um Mitleiden zu erregen, und substituirten hernach die Decemvirn dafür das Vorführen des Schuldners an den *Nundinis in Comitio.*

Unter dieser Voraussetzung, die nach dem, was *Dionys von Halicarnaſs* von der Behandlung der Schuldner vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen erzählt, und bey der von dem Romulus gestifteten und wenigstens noch zu Anfang des Freystaats bestehenden Clientelar-Verbindung, wobey es dem Schuldner nicht an Unterstützung fehlen konnte, oder doch nicht hätte fehlen sollen, wohl mehr als bloſse Hypothese seyn muſs, ist es kein Widerspruch, wenn ich im zweyten Kapitel gesagt habe: die Schuldner wären, der Sclaverey ungeachtet, worin sie von ihren Gläubigern gehalten wurden, freye Menschen und Bürger des Staats in den ersten Zeiten der Römer geblieben, in so fern man nämlich, wie sich von selbst versteht, dabey freye Menschen und Sclaven einander entgegen setzt, wie solches die Römischen Gesetze beständig thun. — Denn nur im Angesichte des versammelten Volks *in Comitio* konnte dem Schuldner seine Persönlichkeit geraubt werden, und man blieb vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen bey der *Addictio in foro* stehen. — Denn sonst hätte darüber keine beständige Klage seyn können, daſs die Gläubiger den Schuldner nicht nur im Gefängnisse so hart behandelten, sondern auch freye Menschen und Römische Bürger als ihre Sclaven ansähen und zu den niedrigsten Arbeiten gebrauchten, wie doch dergleichen Klagen *Dionys von Halicarnaſs* ausdrücklich anführt. — Um diesen Klagen ein Ende zu machen und zugleich das Volk überall zu beruhigen, führten die Decemvirn das neue, die förmliche Capitis-Deminution des Schuldners vor dem Prätor *in Comitio*, ein, nachdem schon *Servilius* durch eine freylich gegen die vorigen Zeiten bessere, aber noch immer unzulängliche Procedur das Volk zu beruhigen gesucht hatte. — Nun konnte man nicht mehr darüber klagen, daſs dem Schuldner keine Zeit gelassen werde, auf Befriedigung seiner Gläubiger zu den-

ken, auch daſs er im Gefängniſſe zu hart behandelt werde, weil dafür die Decemvirn in den vorigen Abſchnitten des Zwölf-Tafel-Geſetzes geſorgt hatten; man konnte aber auch ferner nicht mehr darin eine Beſchwerde finden, daſs der Gläubiger einen freyen Menſchen und Bürger des Staats als ſeinen Sclaven behandelte und zu Sclavendienſten gebrauchte, denn der Schuldner hatte ſeine Perſönlichkeit verloren, und war völlig in die Gewalt des Gläubigers übergegangen.

Was ich hier geſagt habe, erhält dadurch noch mehr Gewicht, wenn wir annehmen, daſs die Römer von Griechiſchen Colonien abſtammten, indem bey den Griechen, wie ich im erſten Kapitel gezeigt habe, vor dem *Solon* dieſelben Verhältniſſe in Schuldſachen Statt fanden, die ich hier bey den Römern vor den Zeiten der Zwölf-Tafel-Geſetze angenommen habe. — Woher übrigens die Decemvirn das Neue nahmen, was in den Zwölf-Tafel-Geſetzen über das Schuldenweſen von der feyerlichen Zuſprechung des *Caput* vorkommt, wage ich nicht zu beſtimmen. So viel iſt indeſs gewiſs, daſs die Politik ſie ſchon darauf ohne alle weitere Anleitung hatte führen müſſen.

Es fragt ſich nun noch: welches das Verhältniſs der nach den Zwölf-Tafel-Geſetzen in die Sclaverey der Gläubiger durch die letzte Procedur *in Comitio* gerathenen Schuldner, ſo wohl zu den Gläubigern als zu den übrigen Bürgern des Staats, geweſen ſey. Die Frage kann überall, wie ſich auch ohne meine Erinnerung von ſelbſt ergiebt, nur in Betrachtung kommen, in ſo fern davon die Rede iſt, daſs auf den Antrag des Gläubigers demſelben die Perſönlichkeit des Schuldners war zugeſprochen worden. — *Quinctilians* q) Angabe der Verſchiedenheit zwiſchen einem wirklichen Sclaven und einem *Nexus* oder *Vinctus* kann hier noch gar nicht in Betrachtung kommen, ſondern geht offenbar auf ſpätere Zeiten. Ueber dies ergiebt auch ſchon die vorſtehende Ausführung, daſs beym *Vinctus* und *Nexus* von Sclaverey noch gar keine Rede ſeyn konnte.

Die gewöhnliche Meinung der Juriſten, welche die Worte des Zwölf-Tafel-Geſetzes: *De. Capited. Poinas. Sumitod.*, von der *Capitis-deminutio* verſtehen, iſt: daſs jetzt, nachdem die Perſönlichkeit des Schuldners dem Gläubiger war zugeſprochen worden, der Schuldner wirklicher Sclave deſſelben geworden ſey,

q) *Inſtit. orator.*, L. III, C. 6.

und nicht nur zwifchen ihm und dem Gläubiger, fondern auch zwifchen ihm und dem Staate die Verhältniffe eingetreten wären, die in Anfehung der wirklichen Sclaven der Römer Statt fanden. — Dafs diefe Meinung auch den Sitten der Römer nicht widerfpricht, davon zeugt das in neuere Zeiten fallende *Senatus-Confultum Claudianum*, wodurch eine freye Weibsperfon und Römifche Bürgerinn ebenfalls in eine wirkliche Sclaverey desjenigen gerieth, deffen Sclaven fie verführt hatte, wenn es überall hier nöthig wäre, die Beyfpiele aus einem fpätern Zeitalter zu entlehnen. — Aber *von Almendingen* [r]) hat hier eine Hypothefe gewagt, die allerdings, wenn man fie auch nicht durchgehends follte annehmen können, wegen des Scharffinns, womit fie ausgedacht worden ift, Aufmerkfamkeit verdient.

Er meint nämlich: mit der Perfönlichkeit des Schuldners fey dem Gläubiger der ganze gegenwärtige und zukünftige Erwerb deffelben zugefprochen worden. Die Zufprechung des *Caput* wäre nichts anderes gewefen als die nämliche bürgerliche Perfönlichkeit, welche bey der *Arrogatio* von dem *Arrogatus* auf den *Arrogans* überging. Wie durch diefe der Römer einen Theil feiner bürgerlichen Rechte als Eigenthümer, als Erwerber und Disponent verloren hätte, fo habe ihn der Schuldner auch durch *Addictio* verloren; wie durch *Arrogatio* der *Pater familias Filius familias* geworden, fo fey der freye Schuldner in den Zuftand eines *Nexus* übergetreten.

„Wie“, (fügt *von Almendingen* hinzu,) „eine folche wichtige Vermin-„derung der Rechte der Perfönlichkeit des Römifchen Bürgers, als bey der Arro-„gation Statt fand, nicht anders als mit Einwilligung und Vorwiffen der Comi-„tie, der Mitbürger des *Arrogatus* follte vorgenommen werden: fo follte die *Ad-„dictio* aus den nämlichen Gründen nicht anders als in der Volksverfammlung „gefchehen. Nun war freylich jene die Folge einer freywilligen Uebereinkunft, „und diefe war eine vom Staate verhängte Beraubung, aber darum war auch je-„ne eine blofse Feyerlichkeit, und diefe eine richterliche Handlung. Aber auch „gerade fo wie bey der *Arrogatio* die politifche Exiftenz des *Arrogatus* nicht „aufhörte; wie er Mitglied feiner *Tribus* blieb; wie er feine Stimme in den Comi-„tien behielt; wie er gleich dem *Filius familias*, der es durch Geburt oder Adop-

r) *A. a. O.*, S. 55 und 56.

„tion geworden war, ein Theil des politischen Staats war: so blieb es auch „nach der *Addictio* der zum *Nexus* gewordene Schuldner. Für ihn waren noch „Gesetz und Staat da, welche für den Sclaven nie vorhanden waren. Seine „Persönlichkeit war nur als Erwerberinn von Eigenthum für ihn aufgehoben, und „blieb ihm unter jeder andern Rücksicht vorbehalten. Nach der Bezahlung der „ganzen Schuld erlangte er sogar seine bürgerliche Persönlichkeit in ihrem vol-„len Umfange wieder. Er war dann Freygeborner, nicht Freygelassener; durfte „nicht erst manumittirt werden, sondern erlangte durch Erlassung oder Bezah-„lung seiner Schuld seine Freyheit so wieder, als hätte er sie nie verloren. „Freylich erlaubte das einfache, und durch zu strenge Consequenz harte Recht „den Verkauf des Schuldners, als Eigenthum betrachtet, an Einheimische, „oder auch an Fremde jenseits der Tiber, und ein solcher Verkauf war sogar in „dem Falle, wenn mehrere Gläubiger concurrirten und sich in den Werth des „Schuldners theilen mussten, — *Sectio in partes*, — nöthig. Wurde der seiner „bürgerlichen Eigenthumsfähigkeit beraubte Schuldner, — nun selbst Eigenthum, „— an Fremde verkauft, so war freylich die Ausübung des politischen Bür-„gerrechts erschwert, aber aufgehoben war es darum doch nicht. Denn „der Sclave des Nicht-Römers war in den Mauern von Rom doch noch immer „Mitglied der *Tribus* und der Centurie, — freylich jetzt in der letzten und „ärmsten Classe, — in welcher er sich sonst würde gefunden haben. Sein politi-„sches Bürgerrecht dauerte fort.“

So weit *von Almendingen*, den ich hier in der Hauptsache absichtlich selbst habe reden lassen. Er hat seine, wie ich schon oben bemerkt habe, wirklich scharfsinnige Hypothese, die ich mir unter andern Umständen gern zu eigen machen möchte, durch die Auctorität des *Sigonius* [s]) unterstützt. Ich möchte ihm anstatt der Auctorität einen Grund, von dem Zustande des in die Sclaverey der Gläubiger verstossenen Schuldners bey den Griechen hergenommen, an die Hand geben, der, wie ich im ersten Kapitel ausgeführt habe, gerade so beschaffen war, wie er ihn bey den Römern angiebt, und den die Decemvirn vor Augen gehabt haben könnten; — noch mehr: man könnte, da die Decemvirn das Verhältniss des Schuldners nach dem über ihn verfügten entscheidenden

s) *De antiquo Iure civium Romanor.*, Lib. I, C. 6.

Streiche nicht weiter bestimmen, annehmen, dafs sie es bey dem gelassen, was vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen wegen der Sclaverey der Schuldner angenommen war und mit den Griechischen Gebräuchen, wie ich im zweyten Kapitel gezeigt habe, fast ganz überein stimmt: — allein durch alle diese Gründe wird sie doch nicht viel haltbarer.

Ich sehe hier davon gänzlich ab, was *von Almendingen* über den Verkauf des Schuldners und die *Sectio in partes* unrichtig vorgetragen hat, und verweise defshalb auf meine obige Ausführung. Ich halte mich blofs daran, wie er das Verhältnifs des Schuldners nach dem über diesen *in Comitio* verfügten entscheidenden Streiche vorgestellt hat, und nehme dabey als richtig an, was von ihm über die Zusprechung der Persönlichkeit des Schuldners und dessen, so wohl gegenwärtigen als zukünftigen Erwerb gesagt worden ist, nur dafs ich in Absicht der Addiction, wie ich oben bey der Erklärung des Zwölf-Tafel-Gesetzes selbst auch schon bemerkt habe, von seiner Vorstellungsart abweiche.

Es ist offenbar, dafs *von Almendingen* die ältern und neuern Zeiten der Römer mit einander verwechselt, die Periode des Zwölf-Tafel-Gesetzes ganz übersehen, und sich besonders durch die Beschreibung, die *Quinctilian* vom *Vinctus* und *Nexus* macht, und die auf spätere Zeiten geht, hat irre führen lassen. — Nach dem Zwölf-Tafel-Gesetze mufs der Schuldner, wenn der entscheidende Streich *in Comitio* geschehen, und seine Persönlichkeit dem Gläubiger zugesprochen worden ist, vollkommener Sclave desselben, und wenn die Zusprechung mehrern Gläubigern geschehen ist, gemeinschaftlicher Sclave derselben werden, und mufs zugleich sein Bürgerrecht so wohl als alle andere Personenrechte ganz verlieren. t) — Ich will mich bemühen, diese Behauptung zu rechtfertigen.

Das Zwölf-Tafel-Gesetz bestimmt das Verhältnifs eines in die Sclaverey seines Gläubigers verstofsenen Schuldners nicht, sondern schreibt blofs vor, wie diese Verstofsung geschehen soll, und wie auf den Fall der Mehrheit der Gläubiger diese sich aus einander setzen sollen. — Es mufs daher dieses Verhältnifs

t) Diese Meinung wird auch von allen oben angeführten Rechtslehrern, die das Zwölf-Tafel-Gesetz von der *Capitis-deminutio* verstehen, vertheidigt. Vergleiche auch noch *ab Idsinga de mutuo et veteri litter. obligat.*; in *Oelrichs Thesauro novo Diss. in Acad. Belg. hab.*, I, pag. 120.

nach dem Geiste und der Absicht des Zwölf-Tafel-Gesetzes, und mit Hinsicht auf das Verfahren, welches das Gesetz vorschreibt, supplirt werden. Dabey muss man auf die vorher gehenden Zeiten Rücksicht nehmen, und untersuchen: ob das Zwölf-Tafel-Gesetz etwas neues enthält, oder bloss das, was schon vorhanden war, nur bestätigt, und höchstens näher bestimmt.

Ich habe oben aus mehrern Stellen des *Dionysius von Halicarnass*, der uns hier wirklich die einzigen genauen Nachrichten giebt, bewiesen, dass man schon vor den Zeiten der Zwölf-Tafel-Gesetze die Sclaverey des Schuldners bey den Römern zusammt der richterlichen Addiction kannte, wenn gleich die letztere, besonders zu Anfang des Freystaats, vernachlässigt wurde, und auch wohl ohne sie der Gläubiger den Schuldner eigenmächtig ins Gefängniss warf. Es ist ferner von mir dargethan worden, dass sich das Volk beständig über die grausame Behandlung der Schuldner im Gefängnisse, und darüber beschwerte, dass der Gläubiger dem Schuldner als freyem Menschen und Römischem Bürger sclavische Arbeiten zumuthe und ihn überall als einen Sclaven behandle. Daraus so wohl als aus dem Versprechen, welches *Servilius* dem Volke leistete, dass künftig solche sclavische Behandlung der Schuldner ohne Bewilligung des Senats nicht mehr Statt finden sollte, und dennoch die Beschwerden des Volks über die sclavische Behandlung freyer Menschen und Bürger des Staats nicht aufhörten, folgt unwidersprechlich, dass man vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen den entscheidenden Streich, der *in Comitio* nach diesem Gesetze über den Schuldner vollführt wurde, nicht gekannt, überall keine wirkliche Sclaverey der Schuldner angenommen, sondern bloss dem Gläubiger das Recht zugestanden habe, den Schuldner, vermöge des Princips, dass die Verbindlichkeit bloss auf der Person, und nicht auf dem Vermögen ruhe, durch die Einkerkerung zur Bezahlung zu zwingen, und im Entstehungsfalle zu sclavischen Arbeiten zu gebrauchen oder zu verkaufen. Aus den Klagen des Volks folgt nämlich noch nicht, dass der Gläubiger überall dazu nicht befugt gewesen wäre, indem eines Theils dergleichen Volksbeschwerden auch bey dem gerechtesten Verfahren gewöhnlich sind, andern Theils wohl die zu harte Behandlung der Schuldner dazu die Veranlassung gab und die Freunde und Anverwandten des Schuldners das Ihrige dazu beytrugen.

Die Decemvirn konnten bey der neuen Gesetzgebung die Materie vom Schuldenwesen um so weniger übergehen, als solche von je her zu den grössten Unruhen

Veranlaſſung gegeben hatte. Ganz neue Grundſätze in ſie aufzunehmen, oder wohl gar das Princip des *Solon* zu adoptiren; daran wurden ſie durch das, was einmahl herkömmlich war, gehindert. So wie ſich das Volk bisher darüber beſchwert hatte, daſs man einen freyen Menſchen und Römiſchen Bürger als Sclaven behandle, ſo würden ſich im entgegen geſetzten Falle, und wenn die Sclaverey der Schuldner ganz hätte aufgehoben werden ſollen, die Reichen und Vornehmen beſchwert gefunden haben. Es blieb ihnen daher nichts weiter übrig, als den Grundſatz von der Sclaverey der Schuldner beyzubehalten, aber zugleich Anordnungen zu treffen, wodurch das Volk zufrieden geſtellt wurde, und gegen welche auch die reiche und angeſehene Kaſte nichts einzuwenden haben konnte.

Die vorzüglichſten Beſchwerden des Volks, wenn man von den willkührlichen Zinſen abſieht, worüber auch die Decemvirn eine Verordnung erlieſsen, waren beſonders in den letztern Zeiten: 1. daſs der Gläubiger ganz willkührlich mit dem Schuldner verfahre, ihm nicht die gehörige Zeit zum Aufbringen der Schuld laſſe, ja, ihn ſogar ohne Addiction ins Gefängniſs ſchleppe; 2. daſs der Gläubiger einen freyen Menſchen und Römiſchen Bürger als ſeinen Sclaven behandle und zu ſclaviſchen Arbeiten gebrauche. — Die erſtere war allerdings eine rechtmäſsige Beſchwerde; die letztere hingegen nicht, weil der Gläubiger dazu durch das von der Strenge der Verbindlichkeit hergebrachte Princip und durch das Gewohnheitsrecht autoriſirt war. — Aber unter den Umſtänden und bey der Lage des Staats war es doch eine Beſchwerde, worauf die Decemvirn mit Rückſicht nehmen und derſelben abzuhelfen ſuchen muſsten.

Sie ordneten daher zuvörderſt eine förmliche Unterſuchung und Aburtheilung der Schuldſache an, und gaben dem verurtheilten Schuldner eine Dilation von dreyſsig Tagen. Sie erlaubten ferner dem Gläubiger nur, erſt nach Ablauf dieſer Zeit und nach vorauf gehender förmlicher Addiction den Schuldner ins Gefängniſs zu führen und ihn zu einem *Vinctus* oder *Nexus* zu machen. Sie ſchrieben dem Gläubiger die Behandlung des Schuldners im Gefängniſſe vor und beſtimmten die Zeit des Arreſtes. Sie ordneten fernere Dilationen an, und Proceduren, die auf die Rettung des Schuldners abzweckten. Half alles dieſes endlich nicht, ſo ſetzten ſie feſt, daſs die Perſönlichkeit des Schuldners nun dem Gläubiger förmlich *in Comitio* im Angeſichte des Volks zugeſprochen und derſelbe ihm völlig überlaſſen werden ſollte.

Durch dieses Verfahren wurden alle Klagen des Volks mit Einem Mahle aufgehoben. An den Grundsatz von der Sclaverey der Schuldner war das Volk einmahl gewöhnt, wenn es ihn auch gerne ganz weggewünscht hätte, und es konnte daher demselben nicht auffallen, wenn es ihn in der neuen Gesetzgebung wiederfand. Die Decemvirn hatten auch hier Gründe genug für sich, denselben zu entschuldigen. — Und das, worüber sich das Volk eigentlich beschwert hatte, war aufgehoben. Die Schuldsache wurde jetzt ordentlich und im Wege Rechtens abgethan, die willkührliche Captur des Schuldners so wohl als die von den Gläubigern bisher ganz abhängige Behandlung des Schuldners im Gefängnisse fiel weg, und der Schuldner hatte nun Zeit genug, sich mit dem Gläubiger zu setzen oder das Capital aufzubringen. Der Gläubiger endlich durfte nun nicht mehr einen freyen Menschen und Römischen Bürger als seinen Sclaven gebrauchen, sondern er war erst befugt, den Schuldner, — wenn ihm im Angesichte des Volks die Persönlichkeit war ab-, und dem Gläubiger zugesprochen worden, — den wirklichen Sclaven, — nunmehr auch als Sclaven zu behandeln.

Man wende nicht ein, dass dieses Neue in den Zwölf-Tafel-Gesetzen, — die wirkliche Sclaverey der Schuldner, — nur das Volk noch mehr werde empört haben. Es ist eine bekannte Sache, dass das Volk für den Augenblick beruhigt wird, wenn es nur eine Abstellung seiner Beschwerden sieht, wenn auch zugleich etwas neues und viel drückenderes eingeführt wird. — Und dies war auch hier der Fall. Man übersah von Seiten des Volks die letztern Verfügungen des Zwölf-Tafel-Gesetzes, und hielt sich bloss an die erstern, welche das willkührliche Verfahren der Gläubiger einschränkten. — Und wenn man sie auch nicht ganz übersah, so konnte man bey dem weitläuftigen Verfahren des Decemviral-Gesetzes immer noch hoffen, dass es selten dazu kommen werde, dem Schuldner die Persönlichkeit abzusprechen. — Ueber dies war es nichts Unerhörtes, dass ein freyer Mensch und Römischer Bürger Sclave wurde.

Die von den Decemvirn angeordnete *Sectio debitoris in partes*, die in dem letzten Abschnitte vorkommt, zeigt es deutlich, dass man dem Schuldner nach der Bestätigung der *Addictio in Comitio* als einen wirklichen Sclaven und als Sache betrachtet hat. Denn der Ausdruck: *Sectio*, kommt immer nur in Beziehung auf Sachen vor, wenn der Gesetzgeber und der Rechtsgelehrte bey den Römern sprechen.

Wenn von *Almendingen's* Hypothese durch das, was ich ihr entgegen gesetzt habe, auf den Fall, wenn dem Gläubiger die Persönlichkeit des Schuldners war zugesprochen worden, alles Gewicht verliert; so muss sie schon durch die Natur der Sache auf den andern Fall, wenn nämlich der Gläubiger bloss autorisirt wurde, den Schuldner zu verkaufen, dahin fallen. Der Verkauf des Schuldners, wozu der Gläubiger war ermächtigt worden, trug ja auf den Käufer das vollkommene Eigenthum des Schuldners über, und gab diesem das Recht, den verkauften Schuldner als seinen Sclaven anzusehen. Wenn man einem in die feindliche Gefangenschaft gerathenen Römischen Bürger während der Gefangenschaft alle Personenrechte absprach, und erst die Wiedererlangung derselben nach Beendigung dieser Gefangenschaft in dem *Iure postliminii* als ein Privilegium suchte; so wird man gewiss einen Schuldner, den der Gläubiger in das Eigenthum eines Fremden als dazu befugt und berechtigt überlassen hatte, gewiss nicht mehr in Rom als einen Bürger und als eine Person angesehen haben.

Ich beschliesse hiermit meine Abhandlung über das Zwölf-Tafel-Gesetz, die bey der Wichtigkeit des Gegenstandes nicht zu lang werden konnte, und bemerke nur noch am Schlusse: dass, da es jetzt noch keine Privilegien oder andere Vorzüge der Forderungen gab, die Gläubiger, wenn ihrer mehrere vorhanden waren, *pro rata* aus der Person und dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden mussten. — Diese Befriedigung geschah durch sie selbst, da man von Seiten des Staats sich, wenn der entscheidende Streich *in Comitio* geschehen war, so wenig mehr um den Schuldner selbst als um die Auseinandersetzung zwischen den Gläubigern kümmerte. — Da die Gläubiger so wohl dadurch, dass ihnen die Persönlichkeit des Schuldners war zugesprochen worden, als dadurch, dass man sie von Seiten des Staats autorisirte, den Schuldner zu verkaufen, an das Vermögen des Letztern ohne weitere richterliche Hülfe kommen konnten, auch man sich überall in diesem Zeitalter von Seiten des Staats nicht anders in die Aufhebung einer Gemeinschaft unter Privat-Personen einliess, als wo es das gemeine Beste erforderte; so musste auch hier Alles der Willkühr der Gläubiger überlassen bleiben. Wahrscheinlich wurde der Schuldner, — jetzt gemeinschaftlicher Sclave, — bey der Auseinandersetzung einem von den Gläubigern gegen einen Preis, worüber sie unter einander einig geworden waren, überlassen, oder, nebst den in seiner Gewalt stehenden Personen, wozu die Gläubiger, wenn ihnen

die Persönlichkeit des Schuldners war zugesprochen worden, nun als Eigenthümer von selbst befugt waren, verkauft, das Kauf-Pretium zu dem Vermögen geschlagen, und so das letztere unter sie vertheilt. Was wir aus dem Zwölf-Tafel-Gesetze über diese Auseinandersetzung erfahren, ist einzig dieses: dass, wenn einer von den Gläubigern bey der Auseinandersetzung, die ohne alle Zuziehung der Obrigkeit geschah, verletzt worden war, er es sich selbst zu verdanken hatte und den Richter nicht mit einer Läsions Beschwerde belästigen durfte.

Von einer Bestrafung böser Schuldner weiss übrigens das Zwölf-Tafel-Gesetz auch nichts; und da wir auch sonst davon keine Nachrichten antreffen, so ist es höchst wahrscheinlich, dass sie gar nicht Statt gefunden habe. Vielleicht kam das bisherige Gewohnheitsrecht der Römer hier mit den Griechischen Gesetzen in zu starke Collision, als dass man die Verordnungen des *Solon*, (Kap. 1,) hätte aufnehmen können.

VIERTES KAPITEL.

ß. Lex Petillia Papiria. — Vorläufige Reflexionen zur Beförderung einer richtigen Theorie des Schuldenwesens bey den Völkern der alten Welt. — Erklärung der Lex Petillia Papiria selbst.

Nicht die angebliche Strenge der Zwölf-Tafel-Gesetze gegen die Schuldner, auch überall nicht das darin angeordnete Verfahren in Schuldsachen, sondern vielmehr die Vernachlässigung derselben, durch Wiedereinführung willkührlicher Zinsen, u) Erfindung von allerhand wucherlichen Geschäften und Illusionen

u) Das Zwölf Tafel-Gesetz hatte den Zinsfuss genau bestimmt. Die Worte desselben lauten so: *Unciariod. Fenored. Nei. Quips. Amplius. Excersetod. Sei. Quips. Aliuta. Facsit. Quadruplioned. Poinam. Luitod.* — Von allen Commentatoren des Zwölf-Tafel-Gesetzes hat *Bouchaud*, (*l. c.*, p. 177 seq.,) dieses Fragment am vollständigsten erläutert. — Es lässt sich nicht läugnen, dass das 1 Procent, welches das Gesetz als ordentliche und erlaubte Zinse annimmt, viel zu geringe gegen den bisherigen Zinsfuss ist, und es war daher nichts natürlicher, als dass man dasselbe zu hintergehen suchen musste. Vielleicht wären alle folgende Zinsgesetze nicht nöthig gewesen, wenn man bey dem ersten ein richtigeres Verhältniss angenommen hätte.

des Gesetzes, und Mifshandlungen der Schuldner, wenn sie noch *Vincti* oder *Nexi* waren, veranlafste neue Beschwerden des Volks, die am Ende in wirkliche Empörungen gegen die Regierung ausarteten. v) Die Zeitgesetze, (*Lex Licinia* von A. U. C. 385, w) *Duillia* von A. U. C. 397, x) und *Genucia* von A.U.C. 412, y) die doch nur eine blofse Palliativ-Cur gegen das Uebel enthielten, z) beweisen, nebst den Schilderungen, die uns so wohl *Livius* als andere Römische Classiker von dem Zustande der Schuldner bald nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen und dem Verfahren der Gläubiger gegen sie machen, alles dieses so deutlich, dafs nicht der mindeste Widerspruch übrig bleibt. Es mufs wirklich weit gekommen seyn, wenn sich der Staat selbst, wie dies unter der Regierung der Consuln *P. Valerius Poplicola* und *Martius Rutilus* A. U. C. 402 geschah, in das Schuldenwesen der Bürger so mischt, dafs er die Bezahlung der Schulden und die Auseinandersetzung der Gläubiger und Schuldner aus eigner Bewegung betreibt. a) Bey dem allen aber blieb das Zwölf-Tafel-Gesetz im Ganzen noch in seiner Gültigkeit, bis zum Jahre der Erbauung Roms 428, in welchem die *Lex Petillia Papiria* b) dasselbe aufhob.

v) *Liv.* VI, 27, 31, 34, 36; VII, 1.

w) *Liv.* VI, 35. — Dieses Gesetz enthielt die Verfügung: dafs die geschehene Pränumeration auf die Zinsen von dem Capitale zuvor abgezogen, und was übrig bleiben würde, in einem dreyjährigen Termine, jedes Mahl in gleichen Ratis, abgetragen werden sollte. Wenn das Gesetz nicht blofs für die Zeit wäre gegeben worden, so würde es das erste seyn, welches eine Stückzahlung dem Schuldner erlaubte.

x) Eine blofse Wiederhohlung des Zwölf-Tafel-Gesetzes über die Zinsen.

y) *Liv.* VII, 42. *Tacit. Annal.*, VI, 16. Dieses Gesetz, dessen auch *Appian*, *Civil.*, I, erwähnt, hob das Anleihen auf Zinsen ganz auf.

z) Die Gesetze der Römer gegen die wucherlichen Handlungen findet man der Zeitfolge nach bey *Gronov. de centes. et unc. usur.*, p. 471, und *Noodt de foenor. et usur.*, II, 4, auf welche beyde Schriften ich so wohl hier als wegen der folgenden Kapitel verweise, indem ich jene Gesetze in diesem Buche nur überall in so fern berühre, als sie auf die zu behandelnde Materie Beziehung haben. — Man kann auch noch *Bouchaud, l. c.*, vergleichen, der sich zugleich mit auf diese Gesetze bey Erklärung des Zwölf-Tafel-Gesetzes einläfst.

a) *Liv.* VII, 21.

b) *Liv.* VIII, 28. — Vergleiche über dieses Gesetz *Wend. Neuhaus* D. *ad Legem Petilliam.* Lips. 1739. Doch kann ich nicht mit *Bach, Hist. Iur.*, *ed. Stockm.*, II, 2, §. 19, Not. m, diese Abhandlung *Diss. doctissimam* nennen, denn dazu fehlt ihr gar zu viel.

Dem Kenner der Römischen Geschichte und Gesetzgebung kann über das, was ich hier von der Vernachläßigung des Zwölf-Tafel-Gesetzes gesagt habe, kein Zweifel entstehen, und er wird gewiss überall mit mir darin einverstanden seyn, dass eine Menge der in den Zwölf-Tafel-Gesetzen gemachten Anordnungen auf eine ähnliche Art ausser Gebrauch gekommen sey, ohne dass man zu einer *Lex Aebutia* seine Zuflucht zu nehmen nöthig habe. Zum Ueberflusse will ich indess das Gesagte noch mit wenigem unterstützen, zumahl da solches zur Erklärung der folgenden Römischen Gesetzgebung, und auch selbst der *Lex Petillia Papiria*, dient.

Das Zwölf-Tafel-Gesetz hatte den Zinsfuss bey Geldanleihen genau bestimmt, und die *Poena quadrupli* auf die Uebertretung gesetzt. — Gleichwohl erfahren wir theils von den Classikern, theils aus den Gesetzen selbst, dass man nicht nur gleich nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen wieder ganz willkührliche Zeiten genommen, sondern auch das Gesetz durch allerhand unerlaubte Mittel, z. B. durch die Pränumeration der Zinsen auf mehrere Jahre und durch beträchtliche Abzüge vom Capitale bey der Anleihe, zu illudiren gesucht hat.

Das Zwölf-Tafel-Gesetz verordnete ferner, dass kein Schuldner anders soll *Nexus* oder *Vinctus* werden können, als durch den Ausspruch des Prätors, (*Addictio;*) oder wenn es das gleich nicht deutlich sagt, so folgt es doch aus dem Geiste und der Absicht des Gesetzes. — Es enthält ferner die Bestimmung, wie der Schuldner im Gefängnisse behandelt werden, und wie lange er überall *Nexus* oder *Vinctus* bleiben soll. — Und gleichwohl wurden die Schuldner gleich nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen nicht nur von den Gläubigern wieder eigenmächtig ins Gefängniss geworfen und zu *Nexi* und *Vincti* gemacht, sondern auch darin so lange zurück gehalten, bis die Schuld bezahlt war. — Der Beweis dieser beym ersten Anscheine gewagten Behauptung ist nicht schwer zu führen. Beym *Livius* kommt in der Stelle, die von der Veranlassung zu der *Lex Petillia Papiria* spricht, und wovon ich hernach ausführlich reden werde, ein junger Mensch vor, der sich dem Gläubiger für seinen Vater zum *Nexus* und *Vinctus* gegeben hatte, und der von demselben im Gefängnisse hierauf verwahrt worden war. Wie konnte aber dies geschehen, wenn das Zwölf-Tafel-Gesetz und das darin angeordnete Verfahren in Schuldsachen noch durchgehends im Gebrauche gewesen wäre, wenn man nicht Mittel erfunden gehabt hätte, dasselbe

zu illudiren? — Und dieses Mittel war gewiſs kein anderes, als das man ſchon vor den Zeiten der Zwölf-Tafel-Geſetze gekannt hatte, — das man nur einſtweilen ruhen lieſs, und mit gedoppelter Kraft wieder gebrauchte, als man fand, daſs das Zwölf-Tafel-Geſetz nicht im Wege ſtand, — die Verpflichtung des Schuldners, ſich ſelbſt dem Gläubiger auf den Nichtzahlungsfall zu einer beſtimmten Zeit, zum *Nexus* oder *Vinctus* zu ſtellen. Das Zwölf-Tafel-Geſetz hatte dieſe Verpflichtung nicht ausdrücklich unterſagt; und wenn ein ſolches Verbot gleich in der Abſicht und dem Geiſte des Zwölf-Tafel-Geſetzes enthalten war, ſo konnte es doch leicht durch die Erklärung umgangen werden, daſs das Geſetz bloſs von dem Falle rede, wenn der Schuldner ſich entweder ſo nicht dem Gläubiger verpflichtet hatte, oder doch bey dieſer Verpflichtung ſich nicht freywillig demſelben zum *Vinctus* oder *Nexus* ſtellen wollte. Auf dieſe Weiſe konnte es denn leicht kommen, daſs ſich der Sohn, — freylich mit Bewilligung des Gläubigers, — für den Vater ſtellte, und ſich zum *Vinctus* oder *Nexus* machen lieſs. — Und da bey dieſer freywilligen Captur weder eine *Addictio* noch der entſcheidende Streich *in Comitio* vorkam, ſo fand auch das nicht Statt, was das Zwölf-Tafel-Geſetz von der Behandlung des Schuldners im Gefängniſſe und von der Dauer dieſer Captur angeordnet hatte; ſondern die erſtere ſo wohl als die letztere blieb der Willkühr des Gläubigers überlaſſen, und daher kam es, daſs die Schuldner, um die Bezahlung von ihnen zu erzwingen, wieder hart und unmenſchlich behandelt wurden, und mehrere Jahre hindurch und ſo lange *Nexi* und *Vincti* blieben, bis ſie bezahlt hatten.

Man wende mir doch ja nicht ein: daſs gewiſs der Gläubiger weit lieber zu einer förmlichen Klage gegen den Schuldner und zu dem in den Zwölf-Tafel-Geſetzen angeordneten gerichtlichen Verfahren ſeine Zuflucht werde genommen haben, weil ihm ſolches geſchwinder zu ſeiner Forderung verhalf, und er auf dieſem Wege durch die Zuſprechung der Perſönlichkeit des Schuldners deſſen ganzes Vermögen in die Hände bekam und auf deſſen gegenwärtigen und zukünftigen Erwerb ein Recht erhielt, oder wenn dieſes nicht, daſs doch gewiſs der Schuldner auf gerichtliche Unterſuchung und Aburtheilung der Schuldſache werde provocirt haben. Denn was den erſten Einwand betrifft, ſo geſtehe ich gerne zu, daſs der ehrliche Gläubiger den Weg der gerichtlichen Unterſuchung gewiſs gerne wird gewählt haben, und daſs er auch beſtändig von ihm gewählt worden ſey;

aber wie viel ehrliche Gläubiger gab es denn? — Die meiſten Gläubiger waren Wucherer, die ſich hohe und geſetzwidrige Zinſen hatten verſprechen laſſen, auch dem Schuldner bey der Anleihe Abzüge gemacht oder ſonſt unerlaubten Wucher begangen hatten. Dieſen Gläubigern war doch wohl das gerichtliche Verfahren offenbar ſehr nachtheilig. — Sie wollten ja nicht das Capital und die geſetzlichen Zinſen, ſondern wohl das Capital zwey- und dreyfach wiederhaben, und der Richter muſste ja die Schuldſache unterſuchen, und konnte daher nicht mehr dem Gläubiger zuerkennen, als was ihm nach den Geſetzen zukam, ja, er muſste ihn ſogar wegen ſeines Wuchers beſtrafen. Alle dieſe Unannehmlichkeiten vermied aber der Gläubiger, wenn die Sache im Stillen bey der Verpflichtung zum *Nexus* und *Vinctus* abgethan wurde. — Auch der zweyte Einwand iſt leicht zu heben. Fürs erſte kannte man in dieſem Zeitalter noch die Provocationen nicht, und der Schuldner würde daher bey dem Richter kein Gehör gefunden haben, wenn er auf die Unterſuchung der Sache hätte dringen wollen, ja, vielleicht konnte ihm der Gläubiger nach einer herkömmlichen Erklärung des Zwölf-Tafel-Geſetzes entgegen ſetzen, daſs er ſich ſelbſt zum *Nexus* und *Vinctus* freywillig hergegeben, und, ohne ſich auf die Schuldſache einzulaſſen, auf die Erfüllung dieſes Verſprechens dringen, welches gar nicht unwahrſcheinlich klingt, wenn man auf die Grundſätze der Römer von der Strenge der Verbindlichkeit Rückſicht nimmt. c) — Aber auch abgeſehen davon; würde wohl ein Schuldner, der nicht Zahlung leiſten konnte, oder wenn er auch den einen

c) Was *Bach*, (*l. c.*, §. 10, Not. r,) bey Gelegenheit der Zinsgeſetze, und deren ſo öfterer Wiederhohlung ſagt : *Scilicet tenendum hoc eſt, fraudem foeneratorum multiplices vias inveniſſe eludendarum legum: veluti cum modus uſurarum definitus eſſet lege, chirographis atque conventionibus maius foenus ſibi nactos* eſſe foeneratores: *magiſtratus autem, qui maxime foeneratoribus faverent, maluiſſe* ex *chirographis* quam ex *legibus ius dicere: tamquam debitores beneficio legis renunciaſſent*, findet auch hier vollkommen Anwendung. — Man erwäge, daſs Rom in dem Zeitalter, wovon ich jetzt ſpreche, faſt ganz Ariſtocratie war, und in einem ariſtocratiſchen Staate ſind die Geſetze nichts mehr und nichts weniger als ein Ball, womit die Reichen und Vornehmen ſpielen. — Und wenn man nicht einmahl den in den Zwölf-Tafel-Geſetzen angeordneten Zinsfuſs aufrecht erhalten konnte, ſo konnte man es um ſo weniger in Anſehung des darin angeordneten Verfahrens in Schuldſachen, da die letztere geſetzliche Anordnung ſo viel leichter als die erſtere umgangen werden konnte.

Gläubiger hätte befriedigen können, wenn er mehrere hatte, auf gerichtliche Unterfuchung der Schuldfache angetragen haben, da er dabey nicht verhindern konnte, dafs das in den Zwölf-Tafel-Gefetzen angeordnete Verfahren gegen ihn Statt fand, und er am Ende den Gläubigern als Sclave zugefprochen wurde? — Aus den angeführten Gründen, welchen ich noch leicht mehrere hinzu fügen könnte, glaube ich auch, dafs überall von dem Verfahren in Schuldfachen, fo wie es die Zwölf-Tafel-Gefetze vorfchreiben, äufserft felten Gebrauch gemacht worden ift, und dafs man eben darum bey den Alten nichts von einer *Sectio debitoris* weifs. Denn bey der öftern Gelegenheit zu diefem Verfahren hätte Rom voll von Sclaven der Schulden halber feyn müffen, wenn es immer ftrenge nach dem Zwölf-Tafel-Gefetze gegangen wäre.

Einen Einwurf gegen das vorhin Gefagte getraue ich mich kaum zu berühren, weil er fchon von felbft dahin fällt. — Er ift der: dafs die Beyfpiele, wenn fich der Sohn für den Vater, oder ein Anverwandter, oder ein Freund für den andern zum *Nexus* gegeben habe, fich fehr gut aus dem: *Vindicit*, des Zwölf-Tafel-Gefetzes erklären liefsen. — Man erinnere fich aus dem dritten Kapitel, dafs die rechtliche Entwährung die Addiction ausfchlofs, und aus dem ganzen alt-Römifchen Schuldverfahren, dafs es nicht anging, den einen ftatt des andern zu addiciren. — Und was würde es dem Gläubiger geholfen haben, den Sohn des Schuldners, der nichts hatte, fich vom Prätor zu erkennen, und den Vater, der zwar andere Güter, aber kein baares Geld hatte, und durch deffen Addiction der Gläubiger recht gut zu dem Seinigen kommen konnte, gehen zu laffen? auf diefe Weife gab es in der Zeit von den Zwölf-Tafel-Gefetzen bis auf die *Lex Petillia Papiria* eine Menge *Vincti* und *Nexi* in Rom, und wenige zu wirklichen Sclaven gemachte Schuldner, und fo konnte jetzt leicht die Theorie von den Rechten der *Vincti* und *Nexi* zuerft entftehen, oder vielmehr bey dem langwierigen Arrefte der Schuldner Aufmerkfamkeit erregen, die uns *Quinctilian* überliefert hat, und wovon ich fchon oben beyläufig gefprochen habe, und nachher noch ausführlicher reden werde. — Auch läfst es fich auf diefe Weife fehr gut erklären, warum die *Lex Petillia Papiria*, um den Unfug, der aus diefer fo wohl als anderer Umgehung [d]) des Zwölf-Tafel-Gefetzes ent-

d) Ich rechne dahin, dafs man, wie es mir wenigftens fcheint, wenn bey einem förmlichen Verfahren in Schuldfachen die Addiction gefchehen war, es dabey bewen-

ſtand, nicht länger zu dulden, lieber das Recht der Gläubiger an der Perſon des Schuldners ganz aufhob, und ſolche lediglich an das Vermögen verwies.

Ehe ich jedoch zur Erläuterung dieſes ſo wichtigen Geſetzes ſchreite, ſey es mir erlaubt, noch einige Betrachtungen über das Schuldenweſen bey den Völkern der alten Welt anzuſtellen. Sie dienen theils dazu, um über das bisher Geſagte das volle Licht zu verbreiten, theils aber zu dem Folgenden vorzubereiten.

Das Schuldenweſen bey den Völkern der alten Welt, ſo weit wir es haben kennen lernen, zeichnet ſich auſser dem Einfachen, das hier aber um ſo weniger in Betrachtung kommt, als die Erfahrung lehrt, daſs, je cultivirter ein Volk iſt, deſto complicirter auch ſeine rechtlichen Verhältniſſe ſeyn müſſen, vorzüglich auf eine dreyfache Art aus.

Die erſte Auszeichnung beſteht darin, daſs man den Gläubigern bloſs ein Recht auf die Perſon des Schuldners, nicht an deſſen Vermögen verſtattete, wenn dieſer ihnen ſolches nicht beſonders bewilligt hatte, und welches nur durch die Verpfändung, ſo viel wir wiſſen, geſchehen konnte, folglich nur die Perſon des Schuldners, nicht deſſen Vermögen einen Gegenſtand der Verbindlichkeit abgab. Das natürliche Recht leitete die Völker der alten Welt zu dieſem Grundſatze hin, bey einigen wurde es damit ſchärfer, bey andern laxer genommen, und bey den Römern gab ihm die Unzertrennlichkeit, die man zwiſchen dem Eigenthume und dem Eigenthümer annahm, einen beſondern Nachdruck. *Moſes* durfte ihn bey den Hebräern nur einſchränken, und *Solon* denſelben bey einer gänzlichen Umwälzung der Dinge bey den Athenienſern ſtürzen. — Zufolge dieſes Grundſatzes geriethen die Schuldner in die Sclaverey ihrer Gläubiger, wenn ſie dieſe nicht befriedigen konnten. Nur bey den Hebräern ſand die Sclaverey der Schuldner zur Hülfe, bey den andern Völkern der alten Welt aber hauptſächlich Statt, war jedoch durchgängig von der

den, und nicht die Beſtätigung deſſelben *in Comitio* geſchehen lieſs. — Denn auf dieſe Art konnte man Geſchenke von den Freunden und Anverwandten des Schuldners für die Nachſicht erhalten, auch wohl den Schuldner zur Eingehung eines wucherlichen Contractes bringen, und man lieſs ſo etwas von Seiten des Prätors um ſo eher durchgehen, weil man die Aufſchiebung des Endverfahrens als eine Wohlthat für den Schuldner anſah.

gewöhnlichen und eigentlichen Sclaverey unterschieden, wenn sie gleich bey einigen Völkern mehr, bey andern weniger drückend war. Denn nie erwarb der Gläubiger ein Eigenthumsrecht an dem Körper des Schuldners, sondern blofs ein Recht auf die Arbeiten desselben, und das Decemviral-Gesetz macht, so viel wir wissen, allein eine Ausnahme, wenn wir, wie sich das von selbst versteht, von Barbaren ab-, und blofs auf die wenigstens etwas cultivirten Völker der alten Welt sehen. — Und wenn der Gläubiger den Schuldner gleich wie einen Sclaven behandeln, auch wohl als einen solchen verkaufen konnte, so waren beyde Rechte doch keine Folgen des erlangten Eigenthums, sondern blofse Mittel zum Zwecke, die der verschuldete Zustand nothwendig machte, und die aus dem Verhältnisse des Gläubigers und des Schuldners zu einander entsprangen. — Die Rechts-Philosophie der Völker der alten Welt konnte die Stufe der Cultur, worauf sie standen, unmöglich überschreiten. Wenn sie dem Gläubiger ein Recht auf die Arbeiten des Schuldners zugestanden, so glaubten sie ihm auch die Befugnifs zugestehen zu müssen, denselben wie einen Sclaven zu behandeln. — Und wenn sie dem Gläubiger, um desto geschwinder zu seiner Befriedigung zu gelangen, erlaubten, den Schuldner zu verkaufen, so hielten sie es für nothwendig, mit dieser Erlaubnifs zugleich die Befugnifs zu verbinden, den Schuldner als einen Sclaven veräufsern zu können, entweder weil ihn so jemand weit eher kaufte, oder weil sie die Grenzen des Rechts nicht scharf genug abzuschneiden wufsten. — Auf diesem Wege der Erklärung ist es wenigstens nicht paradox, jemanden als Sclaven behandeln zu können, ohne dafs man ihn als einen wirklichen Sclaven besitzt, und einen Menschen als Sclaven zu verkaufen befugt zu seyn, ohne dafs man ein Eigenthum an seinem Körper hat, ja, ohne dafs er überall im Eigenthume steht. — Die zweyte Alternative des sechsten Abschnitts des Zwölf-Tafel-Gesetzes so wohl, als das, was man von der Befugnifs, den Schuldner zu verkaufen, bey den Griechen und Römern antrifft, beweiset die Richtigkeit dieses Raisonnements zu deutlich, als dafs man dasselbe noch zu unterstützen nöthig hätte.

Eine andere Auszeichnung des Schuldenwesens bey den Völkern der alten Welt ist: dafs man so wenig Privilegien der Gläubiger als des Schuldners, ja nicht einmahl Vorzüge der Forderungen vor einander kannte. — Der Grund davon liegt nicht tief, sondern ist sehr leicht zu finden. Beyde setzen

ſchon ein völlig ausgebildetes Recht voraus, und konnten daher ſo wenig bey andern Völkern der alten Welt als den Römern, insbeſondere in den erſten Zeiten des Staats, vorkommen. — Sie entſtanden auch bey den Letztern ſogleich, als das Rechts-Syſtem und die Geſetzgebung bey ihnen einer mehrern Ausbildung fähig wurden. — Daſs man die Dilationen, die man dem Schuldner ſo wohl bey den Griechen als Römern mit Hinſicht auf die Zahlung verſtattete, nicht als Privilegien deſſelben anſehen kann, verſteht ſich ohne meine Erinnerung von ſelbſt.

Der dritte und letzte Umſtand, der das Schuldenweſen bey den Völkern der alten Welt auszeichnet, iſt der: daſs man ſich von Seiten des Staats darein nicht miſchte, ſondern ſolches als eine bloſse Privat-Sache betrachtete, bey welcher der Staat nur die Rechte der Gläubiger zu autoriſiren hatte, das Uebrige aber dieſen ſelbſt überlaſſen bleiben müſſe. Es fand daher ſo wenig eine gerichtliche Regulirung des Schuldenweſens als eine Vertheilung der Güter des Schuldners unter obrigkeitlicher Auctorität, wenn die Gläubiger daran kommen konnten, noch ſonſt eine Auseinanderſetzung derſelben Statt. Selbſt nur in ſo fern als das Schuldenweſen auf die öffentliche Ruhe und Sicherheit einen Einfluſs hatte, hielt man es für würdig, einen Gegenſtand der Geſetzgebung abzugeben, daher denn auch die Beſtrafung böſer Schuldner bey den Völkern der alten Welt entweder gar nicht Statt fand oder doch höchſt ſelten war. — Und bey dem Allen war das Schuldenweſen bey den Völkern der alten Welt eine ſehr gewöhnliche Sache, welche bey dem gänzlichen Mangel einer gut eingerichteten Polizey durch das Uebergewicht der Reichen über die ärmere Volksclaſſe, und durch den Druck, worunter die letztere ſeufzte, ungemein gefördert wurde, und ſchon aus dieſem Grunde öfter als bey uns vorkommen muſste.

Ich kehre nach dieſer kurzen Abſchweifung nun zu der *Lex Petillia Papiria* wieder zurück. Man pflegt dieſes Geſetz vollſtändig *Lex Petillia*, (*Poetelia*,) *Papiria de Obaeratis* zu nennen. Es wurde daſſelbe im Jahre 427 [e]) unter der Regierung des *C. Petillius Libo Viſolus* II. und *L. Papirius Mugillanus* gegeben. Der Urheber des Geſetzes wird von den Meiſten *Petillius*,

e) Vergleiche über das Jahr dieſes Geſetzes *Auguſtin de LL.*, C. 8; *Manut. de LL.*, Cap. 16; *Spanheim Orbis Roman.*, C. 25; *Heineccius Antiq. Iur.*, L. III, T. 33, §. 5.

von Einigen aber auch *Poetelius*, f) (woher die Benennung: *Lex Poetelia*, kommt,) genannt. Die erſtere Benennung iſt die richtigere, weil, wie *Vaillant* gezeigt hat, der Nahme: *Petillius*, auch auf Münzen gefunden wird. *Livius* nennt das Geſetz bloſs *Petillia*, die neuern Rechtslehrer zugleich von dem andern Conſul *Lex Petillia Papiria*. Der Zuſatz: *de Obaeratis*, hat den Zweck, es von andern *Legibus Petilliis* zu unterſcheiden, als: *de ambitu*, von A. U. C. 395, *de peculatu*, von A. U. C. 546, u. ſ. f., welche *Neuhaus* g) genau angegeben hat.

Den Inhalt des Geſetzes überliefert uns *Livius* in folgenden Worten:

> *Ne quis, niſi qui noxam meruiſſet, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium eſſet.*

Eben dieſer Geſchichtſchreiber erzählt auch die Veranlaſſung zu dem Geſetze. Ein junger Menſch, Nahmens *C. Publilius*, hatte ſich für die Schuld ſeines Vaters dem *L. Papirius* zum *Nexus* gegeben, und wurde von dieſem, da er ſeinen wollüſtigen Anträgen nicht Gehör geben wollte, ſehr übel behandelt und bis aufs Blut gegeiſselt. Er entzog ſich hierauf dem Gewahrſam des Gläubigers, zeigte ſich dem Volke, und erregte einen Zuſammenlauf deſſelben. Die Conſuln riefen ſofort den Senat zuſammen; man zeigte den einzelnen Mitgliedern, wie ſie ſich in der *Curia* verſammelten, den gemiſshandelten Jüngling, und die Conſuln erhielten den Auftrag: *ferre ad populum*, *ne quis* etc. — Ein ähnliches Beyſpiel von der grauſamen Behandlung der Schuldner erzählt *Valerius Maximus*, von dem ich noch weiter unten zu reden Gelegenheit haben werde.

Wenn wir die Anfangsworte des acht und zwanzigſten Kapitels des achten Buchs des *Livius: Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum eſt*, *quod nexi deſierunt*, mit den am Ende dieſes Kapitels vorkommenden Nachrichten: *Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei*, und: *Ita nexi ſoluti, cautumque in poſterum ne necterentur*, zuſammen nehmen; ſo müſſen wir uns völlig davon überzeugen, daſs das Geſetz

f) Siehe z. B. *Bach Hiſt. iur.*, L. II, C. II, §. 19.

g) *L. c.*, §. 9.

nicht nur zu Stande gekommen, sondern auch durchgängig in Kraft und Wirkung getreten ist, und die in den Zwölf-Tafel-Gesetzen von dem Schuldenwesen angenommenen Grundsätze dadurch für beständig aufgehoben worden sind. Hingegen, wenn wir bloss auf die Worte: *iussique Consules, ferre ad populum*, etc., Rücksicht nehmen, so redet die Stelle des *Livius* bloss von einem Antrage, den die Consuln, vermöge des Auftrags vom Senate, über ein solches Gesetz in der Volksversammlung machen sollten, nicht aber von der Errichtung des Gesetzes selbst. Indess kann man aus der ganzen Veranlassung zu diesem Gesetze, aus der Nothwendigkeit, in die sich der Senat gesetzt fand, dem Volke das Gesetz in Vorschlag zu bringen, und endlich aus dem Interesse, welches das Volk dabey hatte, dass das Gesetz durchging, wohl mit Zuverlässigkeit annehmen, dass dasselbe wirklich zu Stande gekommen sey, wenn wir auch von dem absehen wollen, was *Livius* darüber für sich selbst so ganz bestimmt sagt, und nach der ihm beywohnenden Kenntniss auch füglich sagen konnte. — Aber eine andere Frage ist es: ob das Gesetz auch wirklich so gegeben worden, als *Livius* davon das Project angiebt, oder ob nicht demselben vernünftige Einschränkungen hinzu gefügt worden. — Das Letztere ist mir darum sehr wahrscheinlich, weil auf der Volksversammlung so wohl Leute erschienen, welche ein Interesse dabey hatten, dass die Schuldner *Nexi* und *Vincti* blieben, als solche, welchen die gänzliche Aufhebung dieses Gebrauchs am Herzen lag. — Auch kann man sich ohne diese Voraussetzung den folgenden Gang der Dinge nicht gut erklären.

Wenn wir, wenigstens vor der Hand, den Inhalt des Gesetzes, so wie ihn *Livius* angiebt, annehmen, so enthält dasselbe im Allgemeinen die Verfügung, dass für die Zukunft nicht die Person des Schuldners mehr, sondern lediglich dessen Vermögen für seine Verbindlichkeiten haften solle. — Das Gesetz trägt folglich das Recht, welches den Gläubigern bisher nur an der Person des Schuldners zustand, auf dessen Güter über, und macht diese, jedoch nicht vollkommen, so verbindlich, wie es vorher die Person gewesen war.

Neuhaus [h]) glaubt: durch die *Lex Petillia Papiria* sey der Arrest der Schuldner ganz aufgehoben, zum Besten der Gläubiger aber nunmehr die *Pro-*

h) *L. c.*, §. 10 seq.

scriptio bonorum eingeführt worden, die gewisser Massen für den Schuldner entehrend gewesen. — Die *Lex Petillia* sey mit der Zeit durch die Wucherer ausser Activität gesetzt, von dem *Sulla* aber wiederhergestellt worden, und als dennoch das Wuchern, der neu hinzu gekommenen Gesetze ungeachtet, nebst den daraus entspringenden Schuldbedrückungen fortgedauert, auch das Volk wiederhohlt eine Schulden-Abolition durch *novae Tabulae* gefordert, habe endlich *Julius Cäsar* durch Einführung der *Cessio bonorum* diesen Beschwerden ein Ende gemacht. — So dürftig auch diese Vorstellung ist, so ist sie doch die einzige, die man über die Sache bey den Rechtslehrern antrifft, welche die Materie von dem Römischen Schuldenwesen behandelt haben. Denn die übrigen gehen über den langen Zeitraum von der *Lex Petillia* bis zu der *Lex Iulia de cessione bonorum* mit solcher Geschwindigkeit hinweg, als wenn sich Alles schon von selbst verstünde. [i])

Es ist eine ausgemachte Wahrheit, oder wir müssen allen historischen Glauben verbannen, dass die Schuldner auch noch nach der *Lex Petillia* von den Gläubigern zum gefänglichen Gewahrsam, und zwar in Privat-Gefängnisse, gebracht, ja, sogar als Sclaven behandelt worden sind. [k]) — *Sulla* wurde durch dieses Verfahren, glaubwürdigen Nachrichten zufolge, zu der Gesetzgebung in Schuldsachen veranlasst, wovon ich hernach umständlicher sprechen werde. — Und wird nicht in der *L.* 1 *C. qui bonis cedere poss.* ausdrücklich gesagt: es sey die *Cessio bonorum* den Schuldnern dazu nütze: *ne iudicati detrahentur in carcerem?* — Ja, erhellet nicht endlich, man mag nun die *Lex Iulia de cessione bonorum* dem *Julius Cäsar* oder dem *August* zuschreiben, aus einer Menge von Stellen bey den Römischen Geschichtschreibern, dass man selbst in den Zeiten der Kaiser gar kein Bedenken getragen, dem Gläubiger das Einsperren des Schuldners zu erlauben, bis späterhin die Römischen Despoten alle Ueberbleibsel der republicanischen Verfassung gänzlich zerstörten. Ich behalte

i) Selbst *von Almendingen*, (in der Abh.: *Ueber den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger*, S. 59 u. f.,) macht hier keine Ausnahme, obgleich das Wenige, was er über die *Proscriptio bonorum* u. s. w. gesagt hat, alle Aufmerksamkeit verdient.

k) Vergleiche die weiter unten angeführten Stellen der Classiker. — Auch die Beyspiele, die *Valer. Maximus* von der Behandlung der Schuldner anführt, fallen ohne allen Zweifel erst in die Zeiten nach der *Lex Petillia*.

mir vor, über den letztern Punct in den folgenden Kapiteln die nöthigen Erläuterungen zu geben.

Unter solchen Umständen aber kann man wohl nicht füglich annehmen, daſs die *Lex Petillia Papiria* den Arrest der Schuldner ganz aufgehoben habe, und daſs, wenn man dessen ungeachtet davon in den spätern Zeiten noch Beyspiele findet, ein Miſsbrauch davon die Ursache sey. — Denn daſs unter den Augen des Gesetzgebers einem deutlichen Gesetze von den Unterthanen zuwider gehandelt wird, ist zwar so etwas Seltenes nicht, besonders in einem Freystaate; allein, daſs man von oben herab, ohne das Gesetz aufzuheben, Rechtswohlthaten einführt, um den aus der Contravention des Gesetzes entspringenden Nachtheil von dem Bürger abzuwenden, ist gewiſs etwas sehr Seltenes, oder, wenn man will, wohl gar Unerhörtes. — Und wenn sich darum gleich die Möglichkeit so wenig wegdemonstriren, als dies, daſs es sich wirklich bey den Römern, und zwar in dem vorliegenden Falle, nicht zugetragen habe, erweisen läſst; so bleibt doch alle Mahl so viel ausgemacht, daſs man bey Erklärung einer dunkeln Begebenheit auf die am wenigsten künstlichste Art zu Werke gehen, und das, was der Sache am angemessensten ist, dabey zum Grunde legen müsse. So wie durch diese Erklärungsart viele andere Begebenheiten in der wirklichen Welt an dem Sonderbaren, unter welchem sie anfangs erschienen, ungemein verlieren, so ist auch dies mit solchen Ereignissen der Fall, welche Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben. — Dazu kommt, daſs in dem vorliegenden Falle die Gesetzgeber, wenn die *Lex Petillia Papiria* in spätern Zeiten, wie man gewöhnlich behauptet, auſser Gebrauch gekommen wäre, solche nur geradezu wieder hätten herstellen können, als daſs sie erst nöthig gehabt hätten, das entgegen gesetzte Gewohnheitsrecht durch Einführung besonderer Rechtswohlthaten, die doch unter jener Voraussetzung nur immer höchst unvollständig gewesen seyn würden, zu mildern. — Und *Sulla* so wohl als *Julius Cäsar* hatten doch wohl gewiſs nicht nöthig, erst zu Umwegen ihre Zuflucht zu nehmen?

Ich behaupte diesem zufolge, daſs die *Lex Petillia Papiria* fortdauernde Gültigkeit im Römischen Staate gehabt habe, und daſs sie nicht durch die Wucherer, die überall hier keine Stimme haben konnten, auſser Activität gesetzt worden sey. Ich behaupte ferner, daſs, nach dem Geiste und der Absicht dieses Gesetzes, das in der ältern Römischen Legislation schon allgemein anerkannte und in

den Zwölf-Tafel-Gesetzen bestätigte reine Recht gegen verbundene Personen, welches *von Almendingen* [1]) so trefflich entwickelt hat, in ein mittelbares auf die Sachen des Schuldners umgeschaffen, oder, um mich auf die gewöhnliche Art auszudrücken, daſs der Grundsatz des natürlichen Rechts: Alle Verbindlichkeiten fallen zuerst auf die Person des Verbundenen und hernach auf sein Vermögen, dessen Anwendung die bisherigen Begriffe von der Verbindlichkeit und dem Eigenthume abgehalten hatten, in seiner vollen Kraft und Wirkung wiederhergestellt, und damit zugleich stillschweigend das in den Zwölf-Tafel-Gesetzen angeordnete Verfahren in Schuldsachen, das nun nicht mehr bestehen konnte, sey abgeschafft worden. Den Beweis der erstern Behauptung entnehme ich daher, weil eines Theils weder in einem spätern Gesetze, noch bey irgend einem classischen Juristen etwas von der Anwendung des Zwölf-Tafel-Gesetzes mehr vorkommt, andern Theils aber sonst die in der Folge für die Schuldner eingeführten Rechtswohlthaten von wenigem oder gar keinem Nutzen gewesen seyn würden. Schwieriger ist freylich der Beweis der letztern Behauptung, denn es scheint, als wenn die *Lex Petillia* nur in so fern die Zwölf-Tafel-Gesetze aufgehoben habe, als der Schuldner Vermögen hatte, weil sie stillschweigend diesen Fall voraus setzt. — Indeſs läſst sich auch darüber wegkommen, wenn man sich nicht bloſs auf die nächste Veranlassung zu der *Lex Petillia*, wie das bey der Erklärung eines Gesetzes nie geschehen darf, einschränkt, sondern zugleich mit auf die entfernte Rücksicht nimmt. — Es hat freylich seine Richtigkeit, daſs nur zu diesem Gesetze die grausame Behandlung eines *Vinctus* die Veranlassung gab, und daſs sogar, wie ich oben bemerkt habe, der Arrest nicht einmahl durch den Prätor autorisirt war. Allein nach den damahls herrschenden Begriffen konnte überall nur der Arrest der Schuldner aus dem in den Zwölf-Tafel-Gesetzen anerkannten reinen Rechte gegen verbundene Personen gerechtfertigt werden, und man nahm gewiſs auf das Zufällige: ob der Gläubiger dazu noch besonders nach dem in den Zwölf-Tafel-Gesetzen vorgeschriebenen Verfahren autorisirt worden war oder nicht, nicht weiter Rücksicht; zumahl, da man, wie ich ebenfalls oben bemerkt habe, das Zwölf-Tafel-Gesetz dahin erklärte, daſs es die eigne Ergebung des Schuldners

1) *A. a. O.*

zum *Vinctus* nicht ausfchliefse. Die *Lex Petillia* wollte nun dadurch, dafs fie das reine Recht gegen verbundene Perfonen aufhob, und ein mittelbares Recht an dem Vermögen des Schuldners einführte, auch das Recht der Gläubiger, die Schuldner ins Gefängnifs zu bringen, das man jederzeit nur unter Vorausfetzung jenes Princips anerkannte, zugleich aufheben. Dies war wenigftens die Abficht des Gefetzes, und daher mufs man die Sanction deffelben weiter ausdehnen, als die Worte gehen, welches daraus noch mehr erhellet, was Gelegenheit zur Abfaffung deffelben gab, und was Livius zur Erläuterung deffelben in den Worten: *Ita nexi foluti, cautumque in pofterum ne necterentur*, beybringt. Wenn je der Lehrfatz des Calliftratus in der L. 37 *D. de LL.*: *Si de interpretatione legis quaeritur, imprimis infpiciendum eft, quo iure civitas retro in eiusmodi cafibus ufa fuiffet: optima enim eft legum interpres confuetudo*, in feiner Allgemeinheit genommen, eine richtige Anwendung gefunden hat, fo findet er fie gewifs hier bey der Erklärung der *Lex Petillia*. — Denn es kommt bey Erklärung eines fpätern Gefetzes, das fich auf ein früheres bezieht, nicht blofs auf die Kenntnifs des frühern Gefetzes felbft und deffen Inhalt, fondern auch darauf an: welche Grundfätze man bey jenem Gefetze angenommen, und nach welchen man die Wirkungen deffelben beurtheilt oder beftimmt hat.

Die *Lex Petillia* ift die Bafis des ganzen fpätern Verfahrens in Schuldfachen bey den Römern. — Aber fie ift es nicht fo wie fie es feyn follte, d. h.: nach ihrem wahren Inhalte und nach der ihr eigenthümlichen Erklärung, fondern unter den Modificationen, die durch willkührliche Erklärungen und Umgehungen des Gefetzes hernach entftanden find. So gewagt diefe Behauptung auch immer fcheinen mag, fo mufs fie doch darum richtig feyn, weil fie mit der Gefchichte und den hinten folgenden Gefetzen überein kommt.

Ich habe fchon oben beyläufig bemerkt, dafs der Vorfchlag zu dem Gefetze, den die Stelle beym Livius enthält, auf der Volksverfammlung gewifs nur unter den gehörigen Modificationen fey angenommen und beftätigt worden. Dahin gehört auch, fo viel wir mit Gewifsheit wiffen, dafs das reine Recht gegen verbundene Perfonen, das bisher bey dem Verfahren in Schuldfachen zum Grunde lag, und um das fich die ganze Beftimmung des Zwölf-Tafel-Gefetzes drehete, nur in ein mittelbares Recht auf die Sachen des Schuldners, und

nicht, wie es nach dem *Livius* der Fall zu feyn fcheint, in ein unmittelbares verwandelt worden fey. Diefem zufolge mufste gegen den Schuldner, ehe man ihm ans Vermögen kommen konnte, erft wieder ordentlich im Wege Rechtens verfahren werden, und wir finden auch nach der *Lex Petillia*, wie ich hernach zeigen werde, wirklich ein folches Verfahren, wenn gleich daffelbe, wie fich von felbft verfteht, von dem in den Zwölf - Tafel - Gefetzen angeordneten Verfahren fehr verfchieden ift, und nach der Natur der Sache verfchieden feyn mufste, auch, weil es fich durch Gewohnheit bildete und durch kein Gefetz beftimmt wurde, nicht fo regelmäfsig feyn konnte, als das, welches die Zwölf-Tafel-Gefetze enthalten. — Diefe Modification, unter welcher die *Lex Petillia* gegeben wurde, gab bald zu andern Modificationen Veranlaffung, die aus der Erklärung des Gefetzes entftanden und fehr leicht entftehen konnten.

Das reine Recht gegen verbundene Perfonen, und die damit verknüpfte Befugnifs, den Schuldner ins Gefängnifs zu bringen und am Ende gar zum Sclaven zu machen oder zu verkaufen, war zwar durch die *Lex Petillia* aufgehoben worden; aber man mufste doch, da diefes Gefetz kein unmittelbares Recht an den Gütern, fondern blofs ein mittelbares verlieh, fich immer erft an die Perfon des Schuldners halten. — So wie bisher der Gläubiger hatte von dem Prätor ermächtigt werden müffen, fein Recht gegen die Perfon des Schuldners durch die Captur deffelben zu verfolgen, fo mufste er jetzt ebenfalls dazu autorifirt werden, wenn er das ihm auf die Güter des Schuldners verliehene Recht geltend machen wollte. Aus eigner Macht konnte er fchon, weil ihm die Bande der bürgerlichen Gefellfchaft im Wege ftanden, nicht gegen das Vermögen des Schuldners verfahren; und die unzertrennliche Verbindung zwifchen dem Eigenthümer und feinem Eigenthume legte ihm vollends ein Hindernifs in den Weg. An die Stelle der *Addictio* trat nun die *Profcriptio bonorum*, welche dem Gläubiger, wenn zuvor die Schuldfache abgeurtheilt war, oder *in contumaciam*, weil fich der Schuldner nicht ftellte, für abgeurtheilt gehalten wurde, ein Recht fo wohl auf den gegenwärtigen als zukünftigen Erwerb des Schuldners ertheilte. Aber ehe diefe fo nachtheilige Güter - Profcription erfolgte, war es billig, dem Schuldner Dilationen zuzugeftehen, wie man fie ihm fogar bey dem rigoröfen Verfahren der Zwölf - Tafel - Gefetze zugeftanden hatte; und es war gleichfalls nöthig, den Gläubiger zu fichern, dafs der Schuldner, der bis dahin noch

Herr und Eigenthümer ſeines Vermögens blieb, ja, es ſogar noch nach der Proſcription, ſo lange daſſelbe von dem Gläubiger noch nicht war veräuſsert worden, bleiben muſste, keine für ihn nachtheilige Dispoſition unternahm. Es war endlich nöthig, noch zuvörderſt Zwangsmittel zu verſuchen: ob nicht ohne die ſo nachtheilige Proſcription die Bezahlung der Schuld von dem Schuldner zu erlangen ſey.

Und wie lieſsen ſich dieſe nöthigen Zwangs- und Sicherungsmittel wohl beſſer erreichen, als wenn man die durch die *Lex Petillia* abgeſchaffte Captur der Schuldner wieder in einer andern Geſtalt einführte? Das *Petilliſche* Geſetz hatte ſie als eine nothwendige Folge des reinen Rechts an verbundenen Perſonen aufgehoben, ſie aber übrigens nicht ſchlechterdings verboten. Man konnte daher ſehr leicht die Captur des Schuldners als Zwangs- und zugleich als Sicherungsmittel für den Gläubiger wieder einführen. — Und ſo wurde der Schuldner, wenn man ſeiner habhaft werden konnte, ſchon vor der *Proſcriptio bonorum*, *Nexus* und *Vinctus*, und blieb es während der Proſcription, weil der Gläubiger ſich ſeiner noch immer zu verſichern Urſache hatte, indem er nicht bloſs auf den gegenwärtigen, ſondern auch auf den zukünftigen Erwerb angewieſen war.

Die *Lex Petillia* hatte den Gläubiger zwar an das Vermögen des Schuldners gewieſen; aber wenn nun der Schuldner entweder gar kein Vermögen hatte, oder ſolches zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichend war, auch der Schuldner keine Hoffnung auf einen zukünftigen Erwerb hatte, ſo blieb doch nichts weiter für den Gläubiger übrig, als ſich an die Perſon des Schuldners ſelbſt zu halten. Ihn zum Sclaven zu machen, dabey ſtand freylich das *Petilliſche* Geſetz im Wege, welches das reine Recht an der Perſon des Verbundenen, vermöge deſſen dies doch nur allein bewerkſtelligt werden konnte, aufgehoben hatte. — Aber ihn anzuhalten, daſs er die Schuld abarbeitete, daran hinderte das *Petilliſche* Geſetz den Gläubiger nicht, konnte ihn auch nicht daran hindern, indem ſchon das natürliche Verhältniſs zwiſchen Gläubiger und Schuldner dazu ihm die Befugniſs gab.

Die *Lex Petillia* hatte endlich ſo wenig als das Zwölf-Tafel-Geſetz verboten, daſs ſich jemand freywillig dem Gläubiger zum *Vinctus* und *Nexus* hingeben konnte. Zwar lag dieſes Verbot in dem Geiſte und der Abſicht des *Petilliſchen* Geſetzes eben ſo gut als in der des Zwölf-Tafel-Geſetzes, und in gewiſſer Hin-

ſicht noch mehr, weil eine ſolche Ergebung, wie ich oben gezeigt habe, die nächſte Veranlaſſung zu dem Geſetze gab. — Allein das Geſetz konnte auch um ſo leichter umgangen werden, als es von dem Princip: daſs die Captur des Schuldners nur durch das dem Gläubiger bisher zuſtändige reine Recht an der Perſon des Verbundenen gerechtfertigt werden könne; ausging, und dieſes daher aufhob; — ohne ein ſolches Recht aber ſich auch die Captur ſehr gut rechtfertigen lieſs, wenn ſie in einer Bewilligung des Schuldners ihren Grund hatte, oder als Zwangsmittel dem Gläubiger erlaubt wurde.

So gab es, des *Petilliſchen* Geſetzes ungeachtet, nach wie vor eine Menge *Vincti* und *Nexi* der Schulden halber in Rom, und bildete ſich in Anſehung ihrer die Theorie aus, die uns *Quinctilian*, m) freylich nur höchſt allgemein, aber doch ſo hinlänglich überliefert hat, daſs wir das Fehlende leicht suppliren können. — Sie, dieſe *Nexi*, waren auch jetzt gewiſſer Maſsen viel ſchlimmer daran als ehedem, da die Gläubiger wenigſtens dann, wenn der Schuldner *Addictus* geworden war, durch das Zwölf-Tafel-Geſetz an einer willkührlichen Behandlung deſſelben ſehr eingeſchränkt waren. — Denn es iſt nicht glaublich, daſs, da die *Lex Petillia* das Zwölf-Tafel-Geſetz, ſofern es von dem Verfahren in Schuldſachen redet, in der Hauptſache abgeſchafft hatte, man noch das Zufällige deſſelben werde angewendet haben. — Und da die *Proſcriptio bonorum* jetzt

m) *Inſt. orat.*, L. V, C. 10: „Aliud eſt, ſervum eſſe, aliud ſervire, qualis eſſe in addictis quaeſtio ſolet. Qui ſervus eſt, ſi manumittatur, ſit libertinus, non idem addictus"; und L. VII, C. 3: „Quaeritur, an addictus, quem lex ſervire, donec ſolverit, iubet, ſervus ſit. Altera pars ſinit ita: Servus eſt, qui eſt iure in ſervitute. Altera, qui in ſervitute eſt, eo iure, quo ſervus, aut ut antiqui dixerunt, qui ſervitutem ſervit. — *Servus* cum manumittitur, fit *libertinus: addictus* recepta libertate eſt *ingenuus*. *Servus invito domino* libertatem non conſequetur, *addictus ſolvendo*, citra voluntatem domini conſequetur. Ad *ſervum nulla lex* pertinet: *addictus legem* habet. Propria liberi, quae nemo habet niſi liber, praenomen, nomen, cognomen tribum: habet haec addictus." — Ich ſetze dieſe Stellen des *Quinctilian*, deren ich oben ſchon verſchiedentlich erwähnt habe, darum erſt hier vollſtändig her, weil ich davon überzeugt bin, daſs ſie erſt hierher gehören. Ich bemerke dabey nur noch, daſs es mir ganz ſo ſcheint, als wenn dieſer Gelehrte bloſs die *Addictos* vor Augen gehabt habe, welche kein Vermögen hatten, und daher genöthigt waren, die Schuld abzuarbeiten. — Uebrigens brauche ich wohl nicht erſt zu erinnern, daſs ſeine Darſtellung überall höchſt unvollſtändig und einſeitig iſt.

der Hauptgegenſtand der richterlichen Amtsverwaltung war, ſo läſst ſich ſehr gut annehmen, daſs ſich der Prätor nicht weiter darum bekümmert habe, wie der Schuldner während ſeines Arreſtes behandelt wurde. *von Almendingen* geht offenbar zu weit, wenn er glaubt, der Schuldner habe jetzt bey dem Perſonal-Arreſte nicht mehr gebunden werden dürfen. Das Binden des Schuldners diente zur Sicherheit des Gläubigers, und war bey dem gegenwärtigen Perſonal-Arreſte, als Zwangs- und Sicherungsmittel, eben ſo nöthig als ehemahls bey dem Perſonal-Arreſte, als Folge der Addiction. Die Worte des *Livius*: *cautumque inpoſterum, ne necterentur*, können zwar eben ſo gut mit Beziehung auf das, was er vorher über den Inhalt der *Lex Petillia* ſagt, von der gänzlichen Aufhebung des Perſonal-Arreſtes des Schuldners, als davon verſtanden werden, daſs der Schuldner fortan nicht mehr gebunden werden ſoll, und müſſen auch davon verſtanden werden, beweiſen aber darum nichts, weil man das *Petilliſche* Geſetz umgehen konnte und auch wirklich umging. Ich behaupte ſogar, der Gläubiger ſey in Abſicht des Bindens jetzt weniger eingeſchränkt geweſen, als er es nach den Zwölf-Tafel-Geſetzen war, weil die Vorſchrift derſelben ganz auſser Gebrauch gekommen war, und es an einem neuen Regulative ganz fehlte.

Es gab ferner, ſo wie vorher, eine doppelte Art *Nexi* und *Vincti* in Rom: Ein Mahl ſolche, die ſich ſelbſt der Schulden wegen zu *Nexos* und *Vinctos* gegeben hatten; und zweytens ſolche, die es nach abgeurtheilter Schuldſache mit Erlaubniſs des Prätors geworden waren. Der Zuſtand der erſtern hing von der Verabredung zwiſchen ihnen und dem Gläubiger ab; der Zuſtand der letztern hingegen wurde durch den Perſonal-Arreſt, als Zwangsmittel, beſtimmt. Das jetzt nach der *Lex Petillia* in Schuldſachen üblich gewordene Verfahren wird denſelben mit Hinſicht auf das, was ich oben bereits ausgeführt habe, am beſten darſtellen.

Wenn ein Schuldner entweder die Schuld eingeſtanden hatte, oder ſonſt derſelben von dem Gläubiger war überführt worden, ſo wurde er von dem Richter zur Bezahlung derſelben verurtheilt. Es wurde ihm, um die Summe aufzubringen, eine Friſt geſtattet, die jetzt in Abſicht der Dauer dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen war, auch wohl auf das Bitten des Schuldners verlängert werden konnte. — Verſtrich die Friſt, ohne daſs Zahlung geleiſtet wurde, ſo erfolgte eine neue Vorladung des Schuldners vor Gericht. Die Gläubiger ſuchten nun bey dem Prätor um Perſonal-Arreſt gegen den Schuldner nach, theils

als Zwangs-, theils als Sicherungsmittel, und weil sie nur durch die Dazwischenkunft der Person erst ans Vermögen kommen konnten. [n]) War auch der Personal-Arrest für sie von keinem Erfolge; bezahlte der Schuldner entweder selbst nicht, oder nahm sich niemand seiner an: so wurde der Prätor von neuem angetreten, um nun den Gläubigern die *bonorum Possessio* in Absicht des schuldnerischen Vermögens zu ertheilen. Wenn sie diese erhalten, und eine gewisse Zeit hindurch, (die wahrscheinlich von dem Gutbefinden des Prätors abhing,) im Besitze gewesen waren, so gingen sie den Prätor von neuem an, ihnen zu erlauben, das Vermögen des Schuldners öffentlich auszubieten und zu verkaufen, und zu diesem Behufe einen aus ihrem Mittel zu bevollmächtigen, welcher *Magister* genannt wurde und den Kauf einleitete. Waren sie auch dazu ermächtigt worden, so erfolgte nun an den vorzüglichsten Orten der Stadt die *Proscriptio* oder öffentliche Feilbietung des schuldnerischen Vermögens mit der Formel: *Ille debitor noster in causam venumdationis incidit; nos creditores patrimonium huius distrahimus: Emtor, qui volet, adesto.* Hierauf erfolgte nun der letzte Antritt des Prätors von Seiten der Gläubiger, um ihnen zu erlauben, die Kaufbedingungen fest zu setzen, (*legem bonorum vendundorum facere*,) und den Kauf-Contract mit dem Käufer selbst zu vollziehen. Die Kaufbedingungen bestanden darin, dass der Käufer versprechen musste, den Gläubigern für einen gewissen Theil ihrer Forderungen, z. B. für die Hälfte oder den dritten Theil derselben, verantwortlich zu seyn. War man über die Kaufbedingungen einig, und war der Kauf zwischen den Gläubigern und dem Dritten abgeschlossen, so wurde er von dem Prätor dadurch autorisirt, dass dem Dritten, mit welchem die Gläubiger contrahirt hatten, das sämmtliche Vermögen des Schuldners zugesprochen wurde, welcher *bonorum Emtor* genannt wurde, und auf welchen nun alle Vermögensrechte des Schuldners, der den Verkauf seiner Güter erleiden

n) *von Almendingen*, *a. a. O.*, S. 59, schildert den Personal-Arrest in diesem Zeitalter des Römischen Staats blos als Zwangsmittel. Allein ich habe oben, (Kap. 3,) gezeigt, dass er bereits in den Zeiten des Zwölf-Tafel-Gesetzes auch zugleich Sicherungsmittel war, weil die Gläubiger ihnen nachtheilige Vermögens-Dispositionen des Schuldners nicht füglich anders verhindern konnten, und ich trage daher auch um so weniger Bedenken, ihm jetzt diese Eigenschaft beyzulegen, da die Gläubiger noch ebenfalls kein anderes Mittel, sich zu sichern, hatten.

mufste, übergingen, fo dafs er im Nahmen deffelben *utiliter* klagen, und auch wieder *utiliter* belangt werden konnte; oder kürzer: er war fo wie jeder andere *bonorum Poffeffor* ein *Succeffor praetorius*, und darum wurde die Erwerbung des fchuldnerifchen Vermögens auf diefem Wege zu den *modis acquirendi univerfalibus* als eine eigne Art, nämlich *per fectionem bonorum*, gezählt.

Ich habe hier das neue Verfahren in Schuldfachen, welches nach der *Lex Petillia* bey den Römern gebräuchlich wurde, fo angegeben, als es *Theophilus* [o]) befchrieben hat, das ausgenommen, was ich gleich zu Anfang von dem Perfonal-Arrefte des Schuldners eingefchaltet habe, und worüber diefer Rechtslehrer nichts gefagt hat. Seine Nachrichten laffen fich, ob fie gleich nur allgemein find, [p]) um fo weniger bezweifeln, als er von diefem Verfahren eines Theils bey den damahls gewifs noch vollftändig vorhandenen Schriften der alten Römifchen Juriften genaue Kenntnifs haben konnte, und andern Theils auch einzelne Stellen der Claffiker folche unterftützen. [q]) Es fey mir noch erlaubt, einige Bemerkungen zur Erläuterung hinzu zu fügen.

Theophilus fängt bey feiner Darftellung des Verfahrens in Schuldfachen nach der *Lex Petillia* gleich damit an, dafs die Gläubiger um die *bonorum Poffeffio* nachgefucht hätten, fagt alfo von der Dilation, welche dem Schuldner zur Berichtigung der Schuld gelaffen wurde, fo wenig, als davon etwas, dafs die Gläubiger den Perfonal-Arreft deffelben hätten verlangen können. Allein das thut nichts zur Sache. Fürs erfte fetzt *Theophilus* bey feiner Erzählung den

o) *Paraphraf. Graec. Inftit.*, ex edit. Reiz., L. III, T. XII pr.

p) Man kann dem *Theophilus* feine höchft allgemeine Darftellung des alten Verfahrens in Schuldfachen fehr leicht verzeihen, wenn man fich erinnert, was eigentlich feine Paraphrafe ift, und die trefflichen Bemerkungen darüber in der Vorrede zu der *Reizifchen* Ausgabe der Paraphrafe gelefen hat. Man mufs aber zugleich nicht daran denken, wie der Katheder-Unterricht auf Academien feyn follte, fondern wie er wirklich ift. — Vielleicht war fchon damahls der Jugend das Studium der Alterthümer eben fo ein Ekel, als es ihr in unfern Tagen ift, und vielleicht merkten die Zuhörer des *Theophilus*, in Erwartung des Unmittelbar-practifchen, das da kommen follte, nicht einmahl die Notizen vollftändig auf, die diefer Rechtsgelehrte über das ehemahlige Verfahren in Schuldfachen gab

q) *Cic. Orat. pro Quinct.*, C. 15 und 8; und *Epift. ad Attic.*, VI, Ep. 1; I. Ep. 1, *ad Famil.*, VII, Ep. 25, und XII, Ep. 30. *Quinctil. Inft. orat.*, VI, 3.

Fall voraus, wenn ſich der Schuldner davon gemacht oder verborgen hatte, und wobey alſo das Mittel des Perſonal-Arreſtes nicht von den Gläubigern ergriffen werden konnte, ſondern ihnen jetzt nichts weiter übrig blieb, als ſich an das Vermögen zu halten. Dann zweytens entwickelt er das Verfahren in Schuldſachen nach der *Lex Petillia* nicht abſichtlich, ſondern nur beyläufig, und daher höchſt unvollſtändig. Dies zeigt beſonders der Umſtand, daſs er die Zwiſchenzeit bey jeder neuen Antretung des Prätors gar nicht einmahl beſtimmt angiebt, welches ihm doch leicht möglich war, ſondern ſich nur im Allgemeinen der Ausdrücke: *poſt certos dies, paucis diebus elapſis*, u. ſ. f., bedient. — Es muſs alſo das, was beym *Theophilus* in Abſicht des Verfahrens in Schuldſachen fehlt, aus andern Nachrichten ergänzt werden.

Nun aber iſt es keinem Zweifel unterworfen, daſs nach der *Lex Petillia* eben ſo gut als vorher eine ordentliche Unterſuchung und Aburtheilung der Schuldſache Statt gefunden habe. Es leidet ferner keinen Zweifel, daſs man dem Schuldner, um die Summe, in welche er war verurtheilt worden, aufzubringen, eine oder mehrere Dilationen gegeben habe, denn im Gegentheile würde ſein Zuſtand durch die *Lex Petillia* verſchlimmert worden ſeyn, da er doch nach der Abſicht dieſes Geſetzes offenbar gebeſſert werden ſollte. Zudem finden wir auch in allen ſpätern Geſetzen die Dilationen in Schuldſachen als etwas Gewöhnliches angeführt. — Und endlich erhellet auch aus dem, was ich oben über die *Lex Petillia* geſagt habe, deutlich, daſs die Gläubiger nur erſt durch die Dazwiſchenkunft der Perſon an das Vermögen des Schuldners kommen konnten.

Aus dem Verfahren in Schuldſachen nach der *Lex Petillia*, wie es uns *Theophilus* darſtellt, mit Zuziehung der nöthigen Ergänzungen, ergeben ſich nun folgende Reſultate: 1. Der Perſonal-Arreſt des Schuldners, welcher der Güter-Proſcription vorauf ging, dauerte entweder bis zu der Zeit, da die Gläubiger ermächtigt wurden, das Vermögen des Schuldners zu verkaufen, oder, welches wahrſcheinlicher iſt, bis daſſelbe dem Käufer von dem Prätor war zugeſchlagen worden, weil in der Zwiſchenzeit noch dem Schuldner etwas anheim fallen konnte, und der Arreſt nicht bloſs Zwangs-, ſondern auch Sicherungsmittel war. Hernach muſste der Schuldner zwar losgelaſſen werden; aber wenn der *bonorum Emtor* nicht die Bezahlung der ganzen Schuld übernommen hatte,

welches gewiſs höchſt ſelten der Fall war, ſo hielten ſich die Gläubiger wieder an den Schuldner, ſo bald er etwas von neuem erworben hatte, und fand nun gegen ihn das nämliche Verfahren wieder Statt, er mochte viel oder wenig erworben haben. 2. Der *bonorum Emtor* wurde allerdings *Succeſſor univerſalis* in Anſehung des jetzt vorhandenen Vermögens des Schuldners und der damit verbundenen Rechte, in ſo weit ſolche überall der Diſpoſition des Schuldners unterworfen waren. Er hatte durch die *Addictio* das vollkommenſte Eigenthum an dem Vermögen des Schuldners erworben, und der Schuldner konnte ſolches nicht wieder von ihm ablöſen. Er hatte auch nichts mit dem Schuldner, ſondern alles mit den Gläubigern allein zu thun, gegen welche er ſich bey der Uebernahme des Vermögens zur Bezahlung eines Theils der darauf haftenden Schulden verbindlich gemacht hatte, welche Summe das Kaufgeld ausmachte. Ihm, und nicht den Gläubigern, war das Eigenthum des ſchuldneriſchen Vermögens von dem Prätor zuerkannt worden. 3. Der Zuſtand des Schuldners blieb nach der *Proſcriptio* und *Addictio bonorum* immer höchſt traurig. Er muſste bey dem geringſten Erwerbe befürchten, daſs die Gläubiger von neuem gegen ihn klagten, zum Perſonal-Arreſte ſchritten, und das, was er erworben hatte, wieder der Proſcription unterwarfen. Daher läſst es ſich denn ſehr gut erklären, warum ein Römiſcher Bürger, deſſen Vermögen der Proſcription einmahl der Schulden halber war unterworfen worden, aus Rom verſchwand, um nicht ſeinen habſüchtigen Gläubigern von neuem Preis gegeben zu werden. Es läſst ſich auch ferner aus der Nothwendigkeit eines ſolchen Schuldners, ſich dem Perſonal-Arreſte ſeiner Gläubiger zu unterwerfen, erklären, warum in den Geſetzen das: *latitare debitoris*, ſo oft vorkommt, wenn von der Einſetzung der Gläubiger in den Beſitz des ſchuldneriſchen Vermögens die Rede iſt, und warum *Theophilus* auch ſelbſt bey der Darſtellung des alten Verfahrens in Schuldſachen damit anfängt. — Denn wenn ein Schuldner ſah, daſs er doch ſein Vermögen nicht mehr retten konnte, ſo verbarg er ſich lieber, oder entfloh wohl gar aus Rom, und lieſs ſeine ganzen Habſeligkeiten im Stiche, als daſs er ſeine Perſon noch obenein ſeinen Gläubigern Preis gab und ſich einer harten Behandlung im Gefängniſſe ausſetzte.

Ich habe oben behauptet, die Gläubiger wären auch nach der *Lex Petillia*, auf den Fall, daſs der Schuldner kein Vermögen hatte, durch den Perſonal-Ar-

reſt ermächtigt worden, denſelben zur Abarbeitung der Schuld anzuhalten. Es möchte ſcheinen, als wenn ſie vermöge des Grundſatzes: ſich doch noch auf den ſchlimmſten Fall an die Perſon des Schuldners halten zu können; auch zugleich befugt geweſen wären, den Perſonal-Arreſt nach der Güter-Proſcription fortzuſetzen, weil ſie dabey äuſserſt ſelten ganz bezahlt wurden. Allein der Fall iſt hier von einer ganz andern Art. Denn dadurch, daſs die Gläubiger die Einſetzung in das ſchuldneriſche Vermögen nachſuchten, erklärten ſie deutlich genug, daſs ſie es wenigſtens für jetzt mit dem Vermögen allein, und nicht mit der Perſon des Schuldners zu thun haben wollten, an die ſie ohnehin nach einer hergebrachten Erklärung des *Petilliſchen* Geſetzes nur im äuſserſten Nothfalle kommen konnten. Sie muſsten daher, wenn ſich der Schuldner auch im Perſonal-Arreſte befand, denſelben wieder gehen laſſen, ſo bald die Proſcription ſeines Vermögens beendigt war, obwohl ſie ihn feſt halten und die Schuld abzuarbeiten zwingen konnten, wenn er gar kein Vermögen hatte.

Man nimmt gewöhnlich an, [r]) daſs die beym *Theophilus* vorkommenden Dilationen, welche der Prätor dem Schuldner ertheilte, die nämlichen geweſen wären, welche in den Zwölf-Tafel-Geſetzen vorkommen. — Ich habe nichts dagegen, daſs man dies annimmt; nur ich kann es darum nicht glaublich finden, weil überall das Zwölf-Tafel-Geſetz nach der *Lex Petillia* veraltete und die darin angeordneten Dilationen gar nicht mehr auf das gegenwärtige Verfahren in Schuldſachen paſsten. — Man kann auch die Güter-Proſcription und Addiction gar nicht als eine bloſse Subſtitution des in den Zwölf-Tafel-Geſetzen angeordneten Verfahrens anſehen, und daher annehmen, daſs ſolches nur darauf geradezu ſey übertragen worden. — Es war ſolche vielmehr ein ganz neues, auf ganz verſchiedene Principien gegründetes Verfahren in Schuldſachen.

Die Gläubiger erhielten durch die *Bonorum Poſſeſſio*, die ihnen der Prätor in Abſicht des ſchuldneriſchen Vermögens ertheilte, nichts weiter als den Gewahrſam deſſelben, und die Befugniſs, daſſelbe zum Verkaufe zu bringen. Der

r) Siehe unter andern *Fabrott.* Anmerkungen zu *Theophil. Paraphr. Inſt.*, edit. *Reiz.*, *l. c.* — Selbſt *Bouchaud*, *Comm. ſur la loi des douze Tables*, p. 400, glaubt, daſs in dem zweyten Zeitraume von den Zwölf-Tafel-Geſetzen an bis zum *Theodoſianiſchen* Codex dem Schuldner alle Dilationen nach dem Maaſsſtabe, der in den Zwölf-Tafel-Geſetzen vorkommt, wären ertheilt worden.

von ihnen, um die Veräufserung einzuleiten, beftellte *Magifter* nahm ohne allen Zweifel während der Zeit, da die Gläubiger das Vermögen noch unter fich hatten, auch alle Rechte derfelben in Abficht diefes Vermögens wahr. Er war nichts mehr und nichts weniger als der fpätere *Curator bonorum* und der heutige *Curator maffae*, wie Bynckershoeck s) fehr richtig bemerkt hat, obgleich feine Gefchäfte nicht fo viel in fich begriffen, als fie bey dem heutigen *Curator maffae* in fich begreifen, und auch nach der Natur der Sache nicht in fich begreifen konnten. Dafs er auch die Profcription oder öffentliche Feilbietung des fchuldnerifchen Vermögens beforgte, ift mir wenigftens nicht zweifelhaft, ob es gleich nach dem Theophilus fcheint, als wenn folche von den Gläubigern felbft beforgt worden fey. — Auch er war es, der dem Käufer des Vermögens die Kaufbedingungen vorlegte, und den Kauf-Contract mit ihm abfchlofs, den hernach der Prätor dadurch beftätigte, dafs er dem Käufer das Vermögen des Schuldners addicirte.

Da die Gläubiger nur blofs von dem Prätor in den Befitz des fchuldnerifchen Vermögens, des Gewahrfams wegen, eingefetzt, und hiernächft ermächtigt wurden, daffelbe verkaufen zu können, auch diefer Verkauf nur im Ganzen gefchehen konnte; fo folgt daraus von felbft, dafs fie während der Zeit ihres Befitzes weder die Früchte davon ziehen noch fich fonft etwas daraus zueignen durften,

s) *Obf. Iur. Rom.*, L. VII, C. XIV. — Die Unterfchiede, welche Merillius, *Obfervat.*, L. V, C. 37, zwifchen einem *Magifter* und *Curator* angiebt, und welche Bynckershoeck tadelt, find indefs nicht ganz zu verwerfen, wenn ich gleich gerne geftehe, dafs fie übertrieben find. — Denn bey dem gegenwärtigen Verfahren in Schuldfachen, wo es blofs darauf ankam, das Vermögen des Schuldners bis zum Verkaufe deffelben zufammen zu halten, und wo die Veräufserung felbft nicht fo weit von der Befitznehmung des Vermögens entfernt feyn konnte, hatte der *Magifter* nach der Natur der Sache nicht das zu thun, was fpäterhin der *Curator* zu thun hatte, als fich das Verfahren in Schuldfachen änderte und das Vermögen des Schuldners nicht mehr im Ganzen verkauft wurde. — Aber mit Recht tadelt Bynckershoeck den Cujas, (in *Parat. ad Tit. D. de adminiftr. rer. ad civit. pertin.*,) welcher behauptet, dafs Tribonian in den Pandecten häufig das Wort: *Magifter*, in *Curator* verändert habe, indem diefes Wort eines Theils fchon lange vor dem Tribonian veraltet war, und andern Theils wohl fchwerlich anders als von einem fo genannten *Curator maffae* oder einer ihm ähnlichen Perfon gebraucht wurde. Zu Cicero's Zeiten war die Benennung: *Magifter*, noch gäng' und gäbe, wie aus deffen Schriften erhellet. Man vergleiche auch *Quinctil. Inftit. orat.*, C. 4.

N 2

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

fondern der, welcher das fchuldnerifche Vermögen erkaufte. — Der *bonorum Emtor* hatte auch ein Recht auf die Früchte als ein Zubehör des Vermögens. Dafs fie unter diefen Umftänden nicht *Succeffores univerfales* des Schuldners werden konnten, folgt gleichfalls daraus von felbft, aber der *bonorum Emtor* wurde *Succeffor univerfalis* des Schuldners, jedoch nur in Anfehung des gegenwärtigen, nicht des zukünftigen Vermögens. [t])

von Almendingen [u]) meint, die Einfetzung der Gläubiger in den Befitz des fchuldnerifchen Vermögens fey eine Zuerkennung, nicht blofse Hülfsvollftreckung gewefen. „Jetzt erft ward", fagt er, „durch richterliche „Verfügung der Schuldner von feinem Eigenthume abgefondert. Aber wer „wird darum fagen: das Römifche Privat-Gefetz habe das Recht der Gläubiger, „fich unmittelbar aus dem Vermögen des Schuldners bezahlt zu machen, aner„kannt? wer fieht nicht vielmehr in den Feyerlichkeiten der *Addictio* eine „Handlung des Staatsrichters, durch welche erft ein ganz neues Recht der „Gläubiger hervor gebracht wurde? Sehr wahrfcheinlich war fie eben fo gut, wie „eine *Mancipatio* oder eine *Ceffio in iure*, eine *legis Actio;* und dann konnte fie fo „wenig wie andere *legis Actiones* blofse richterliche Hülfe, fondern „fie mufste Erfchaffung neuer Rechte durch richterliche Aucto„rität feyn. Es war nicht blofse Anerkennung fchon vorhandener Rechte, wie „etwa die *bonorum Poffeffio* des Prätors, wenn fie auch dem Civil-Erben zu „Gute kam, fondern gewaltfame und pofitive, durch die Polizey über „rechtliche Handlungen verordnete Aufhebung der Rechte des „Eigenthums zum Beften des Bürgers. Durch die Folgen einer fol„chen *Addictio*, durch die Auflöfung des Bandes zwifchen dem verfchuldeten Ei„genthümer und feiner Vermögensmaffe, wurden die Schulden von der Perfon „auf das Vermögen übertragen."

Allein fo fchön diefe Darftellung auch klingt, fo falfch ift fie doch, wenn man fie genauer unterfucht. Fürs erfte wurden ja die Güter des Schuldners nicht den Gläubigern, fondern dem *bonorum Emtor* addicirt. Dafs dadurch ei-

t) *von Almendingen*, *a. a. O.*, S. 61, Not. w, hat hier offenbar die Rechte der Gläubiger und die Gerechtfamen des *Bonorum Emtoris* mit einander verwechfelt.

u) *L. c.*

ne gänzliche Auflösung der Bande zwischen dem verschuldeten Eigenthümer und seinem Eigenthume erfolgte, war freylich natürlich, allein die Einsetzung der Gläubiger in den Besitz des schuldnerischen Vermögens bewirkte solche noch nicht. *von Almendingen* hat also Dinge mit einander verwechselt, die nicht mit einander verwechselt werden müssen. — Und dass den Gläubigern das Vermögen des Schuldners wäre gerichtlich zugesprochen worden, erfahren wir nirgends. Es wäre auch alsdann die *Addictio*, welche dem *bonorum Emtor* geschah, ganz überflüssig gewesen. — Dann zweytens brauchte nicht erst durch den Richter ein ganz neues Recht für die Gläubiger erschaffen zu werden, nämlich das Recht, sich an das Vermögen des Schuldners zu halten, da ein Staatsgesetz, die *Lex Petillia*, es schon erschaffen hatte. — Die *bonorum Possessio*, die den Gläubigern hier ertheilt wurde, war also nichts mehr und nichts weniger als blosse Hülfsvollstreckung mit Hinsicht auf das *Petillische* Gesetz, welches das reine Recht der Gläubiger an den verbundenen Personen in ein mittelbares an deren Gütern umgeschaffen hatte. — Und nehmen wir auch an, dass in dieser *bonorum Possessio* eine Absonderung des Eigenthümers von seinem Eigenthume enthalten war, so blieb doch solche nur eine blosse Formalität, weil schon das *Petillische* Gesetz auf den Fall, dass man von der Person nichts erhalten konnte, an das Vermögen derselben verwiesen hatte, und dadurch stillschweigend die Absonderung erlaubte, ja, die bisherige Unzertrennlichkeit zwischen dem Eigenthümer und seinem Eigenthume aufhob. — Und mit Hinsicht auf diese geschehene Aufhebung musste denn die *bonorum Possessio*, die der Prätor den Gläubigern ertheilte, immer nur blosse Hülfsvollstreckung bleiben.

Bey dem Verfahren in Schuldsachen, welches nach der *Lex Petillia* aufkam, und das ich bisher geschildert habe, ist die Einmischung von Seiten des Staats freylich schon beträchtlicher, als bey dem, das vor und nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen Statt fand, allein im Ganzen genommen doch noch immer sehr unbedeutend. — Der Weg, den man jetzt einschlug, die Schuldsache abzuthun, schaffte zwar dem Schuldner darin Erleichterung, dass er nicht mehr Sclave zu werden brauchte, war aber immer doch noch für denselben nachtheilig genug, weil er leiden musste, dass sein Vermögen einem Dritten von den Gläubigern zugeschlagen wurde, es mochte zur Bezahlung der Schuld zureichend seyn oder

nicht, es mochte gröſser oder geringer als der Werth der Forderungen seyn. Man möchte auf den Gedanken kommen: warum gerade die Römer ein solches Verfahren in Schuldsachen, — die Uebertragung des ganzen schuldnerischen Vermögens auf einen andern, — und nicht lieber die Vereinzelung des Vermögens des Schuldners wählten, die doch weit natürlicher ist, und auf welche man daher auch weit eher habe verfallen müssen. — Aber die Römer kannten das Letztere theils nach den Rechtsbegriffen, welche jetzt noch bey ihnen gäng' und gäbe waren, theils aus andern Ursachen nicht; denn das Vermögen des Schuldners wurde von ihnen als ein Ganzes, das nicht getrennt werden durfte, angesehen, und welches daher auch nur sammt den darauf haftenden Schulden auf einen andern übertragen werden konnte. Das damahls bey den Römern herrschende Besteurungs-System mag auch wohl mit Veranlassung zu diesem Verfahren gegeben haben, ja, ich fühle mich sehr geneigt, darin den Hauptgrund dieses Verfahrens zu finden; denn wenn das Vermögen des Schuldners vereinzelt wurde, so fielen natürlich die darauf haftenden Abgaben weg, und das Vermögen der Bürger, die das eine oder das andere Stück davon an sich brachten, wurde dadurch nicht so beträchtlich vermehrt, daſs man auf sie die Abgaben übertragen konnte. — Es war also für die Staatscasse am zuträglichsten, wenn man das Vermögen des Schuldners beysammen lieſs, und es nur geradezu auf einen andern als *Successor universalis* übertrug, denn nun erlitten die darauf haftenden Abgaben nicht die mindeste Veränderung, sondern muſsten von dem *bonorum Emtor*, so wie bisher von dem Schuldner, fort entrichtet werden, der auch bey dem Kaufe schon darauf mit Rechnung machen konnte, und sie auch wirklich machte. — Und überall wurden auf diesem Wege alle Streitigkeiten vermieden, die unter den Gläubigern bey der Theilung des schuldnerischen Vermögens so leicht hätten entstehen können, und gewiſs ehedem, als noch das Zwölf-Tafel-Gesetz in seiner vollen Anwendbarkeit sich befand, entstanden waren. Die Politik rieth es an, das Verfahren in Schuldsachen so viel als möglich abzukürzen; und ob der Schuldner dabey zu kurz kam oder nicht, war in diesem Zeitalter eine Sache, um die man sich wenig bekümmern zu müssen glaubte.

Ich muſs mich nothwendig, ehe ich das *Petillische* Gesetz und das darauf gegründete Verfahren in Schuldsachen verlassen kann, noch über die bereits

oben angeführte [v]) und auch mit hierher gehörige Stelle des *Tertullian* näher erklären, nach der es wegen der Worte: *et in pudoris notam capitis poena conversa, bonorum adhibita proscriptione;* scheint, als wenn die *Proscriptio bonorum* gewisser Masen für den Schuldner infamirend gewesen sey. Die Erörterung dieses Puncts ist hier um so nöthiger, als weiter unten bey der *Cessio bonorum* eine ähnliche Frage vorkommt.

Neuhaus [w]) trägt nicht das mindeste Bedenken, die *Proscriptio bonorum* mit Hinsicht auf die oben angeführte Stelle des *Tertullian* als entehrend für den Schuldner auszugeben, und ihm pflichten alle andere Rechtslehrer unbedingt bey. — Allein ich kann mich davon dennoch nicht überzeugen. *Tertullian* spricht nicht von Entehrung und Beschimpfung des Schuldners, sondern blos von Beschämung desselben; zwischen welchen Dingen bekanntlich ein groser Unterschied ist. — Beschämen muste aber die *Proscriptio bonorum* den Schuldner offenbar, indem er dadurch in ganz Rom als ein unordentlicher Mensch bekannt wurde, dessen Aufwand seine Einnahme überstieg, und mit dem es jetzt dahin gekommen war, dass seine Gläubiger seine ganzen Habseligkeiten öffentlich verkauften, dem man also in der Folge nicht mehr trauen und sich mit ihm einlassen durfte. — Ueberall erzählt uns hier *Tertullian* eben nichts neues, sondern, was bey jedem Schuldner, der seine Gläubiger nicht befriedigen kann, und daher leiden muss, dass diese seine Güter verkaufen, der Fall ist, und was auch schon bey dem Verfahren nach dem Zwölf-Tafel-Gesetze mit ihm der Fall seyn muste, — auser dass jetzt, da der Schuldner nach der *Proscriptio bonorum* wieder frey herum ging, jene Beschämung für ihn wichtigere Folgen hatte als ehedem, da er entweder Sclave des Gläubigers werden, oder sich doch dem Verkaufe an Fremde unterwerfen muste.

Noch fand kein Vorzug in Absicht der Forderungen der Gläubiger unter einander Statt. Die Art und Weise, wie nach dem *Theophilus* die Gläubiger sich mit dem *bonorum Emtor* setzten, giebt dies deutlich genug zu erkennen, wenn wir auch davon ganz absehen, dass bey der damahligen Lage der Dinge bey den Römern ein Vorzug der Forderungen sich noch gar nicht denken liess. Jeder Gläubiger, oder vielmehr der von den Gläubigern angestellte *Magister*, pa-

v) Kap. 3, S. 48. w) *L. c.*

ciſcirte im Nahmen eines jeden Gläubigers mit dem *bonorum Emtor*, wie viel dieſer auf die Forderungen zahlen ſollte. Gewöhnlich muſste der *bonorum Emtor* die Hälfte aller auf dem Vermögen des Schuldners haftenden Forderungen übernehmen, und darnach einem jeden Gläubiger die Hälfte desjenigen, was er von dem Schuldner zu fordern hatte, auszahlen; indeſs war dies nicht nothwendige Regel, ſondern es konnte ſich der *bonorum Emtor* auch wohl zu gröſsern Leiſtungen verbindlich machen, wenn das Vermögen ſo beträchtlich war, daſs er dabey noch immer ſeine Rechnung fand.

So wenig Vorzüge der einzelnen Forderungen vor einander Statt hatten, eben ſo wenig kommen auch noch jetzt Privilegien der Gläubiger und des Schuldners vor, wenn man von den Dilationen, die der Schuldner erhielt, und von den richterlichen Verſuchen, die Gläubiger mit dem Schuldner auszugleichen, abſieht, die auch ehedem ſchon Statt gefunden hatten und, wie ich ſchon oben bemerkt habe, keine eigentlichen Privilegien ſind. Die *Actio de dolo*, welche als ein den Gläubigern verliehenes Rechtsmittel auf den Fall, wenn der Schuldner etwas von ſeinem Vermögen an einen Dritten durch Colluſion veräuſsert hatte, in der Folge vorkommt, fällt in viel zu ſpäte Zeiten, als daſs man annehmen könnte, ſie ſey zugleich mit dem neuen Verfahren in Schuldſachen unmittelbar nach der *Lex Petillia* eingeführt worden, wenn gleich das *Remedium doli* ſehr alten Urſprungs iſt.

Von Beſtrafung böſer Schuldner weiſs das gegenwärtige Recht der Römer gleichfalls noch nichts, welches bey dem Geſichtspuncte, den die Römer in Abſicht des Schuldenweſens einmahl gefaſst hatten, nicht auffallen kann.

FÜNFTES KAPITEL.

Allmählige Veränderungen in dem Römischen Schuldverfahren gegen das Ende der freyen Republik. c. Zeiten der dauernden Dictatoren und der Kaiser. α. Beneficium eiurationis. β. Cessio bonorum.

Schon gegen das Ende der freyen Republik ereignete sich dadurch eine merkwürdige Veränderung in dem Römischen Schuldverfahren, daſs die Güter eines Schuldners nicht mehr im Ganzen auf einen *bonorum Emtor* übertragen, sondern vereinzelt wurden. Eine so groſse Dunkelheit auch hier in der Römischen Rechtsgeschichte herrscht, so getraue ich mir doch folgende Ursachen als Veranlassung zu dieser Abänderung anzuführen: 1. Das alte Besteurungs-System nach der Gröſse des Vermögens des Bürger war ganz in Abgang gekommen, und die Staatscasse nahm, da sie Einkünfte genug hatte, zu demselben noch bloſs in auſserordentlichen Fällen ihre Zuflucht. x) Der Staat hatte folglich nicht mehr ein Interesse dabey, daſs das gesammte Vermögen des Schuldners auf einen andern übertragen wurde und dieser die darauf haftenden Staatsabgaben übernahm. 2. Die Schuldner beschwerten sich darüber, daſs ihnen dieses Verfahren nicht nur von Anfang an, sondern auch in seinen Folgen höchst nachtheilig sey. Das Vermögen des Schuldners muſste ja dabey immer unter dem wahren Werthe losgeschlagen werden, weil sich sonst kein *bonorum Emtor* gefunden haben würde, die Gläubiger erhielten dabey nie, oder doch nur höchst selten, ihre volle Befriedigung, und klagten daher von neuem gegen den Schuldner, so bald dieser etwas wieder erworben hatte. Wurde hingegen das Vermögen des Schuldners vereinzelt, so konnte so viel heraus kommen, daſs die Schulden bezahlt, und der Schuldner für die Zukunft gegen die fernere Verfolgung der Gläubiger gesichert wurde, auch noch wohl gar etwas von seinem Vermögen zurück erhielt. — Es erforderte auch endlich 3. das gemeine Beste, daſs man den Forderungen einzelner Gläubiger Vorzüge zugestand, die nur bey der Vereinzelung des schuldnerischen Vermögens geltend gemacht werden konnten.

So entstand die eigentliche *Sectio bonorum*, und mit ihr zugleich eine gröſsere Einmischung des Staats in das Schuldenwesen und eine Erweiterung des

x) *Sigonius de antiq. iure civium Rom.*, I, 16, pag. 194 seq.

bisher üblichen Schuldverfahrens. — Und wenn es gleich nach einzelnen Stellen der Classiker scheint, als wenn gegen das Ende des Freystaats, und selbst noch hernach, die Veräusserung des schuldnerischen Vermögens im Ganzen Statt gefunden habe; so ist solches entweder hergebrachte Redensart, oder der Schuldner hatte auch darein gewilligt. — Ausser der erwähnten Abänderung des Schuldverfahrens nebst ihren nothwendigen Folgen, von welchen letztern ich weiter unten noch ausführlicher sprechen werde, blieb es aber ganz beym Alten. Die Rechte der Gläubiger blieben dieselben, und auch der Zustand des Schuldners wurde im Ganzen nicht gebessert. — Das Wuchern und andere Schuldbedrückungen dauerten auch noch fort, und nahm gegen das Ende des Freystaats diese Pest mehr zu als ab. — Alle Gesetze dagegen waren und blieben Palliativ-Curen. Die *Lex Genucia* hatte das Anleihen auf Zinsen verboten; und als man, zur Illusion des Gesetzes, die Schuldforderungen auf *Socios* und *Latinos* übertragen liess, dehnte die *Lex Sempronia de rebus creditis*, (a. U. c. 561,) die nur für Römische Bürger gegebenen Wuchergesetze auch auf *Socios* und *Latinos* aus. y) — Und dennoch wurden wieder Zinsen unter andern Nahmen, und sogar Zinsen von Zinsen genommen. z)

Schuldbedrückungen aller Art sind der republicanischen Verfassung eigen, und alle Gesetze dagegen helfen nichts, weil denjenigen, die auf die Befolgung

y) *Liv.* XXXV, 7. — Der Inhalt dieses Gesetzes, wie ihn *Livius* angiebt, war: *ut cum sociis ac nomine Latino, pecuniae creditae ius idem, quod cum civibus Romanis esset.*

z) Sehr richtig sagt *Bouchaud*, *Comm. sur la loi des douze Tabl.*, p. 387, von der *Lex Sempronia* so wohl als den vorher gehenden Gesetzen: Toutes ces loix n'aboutirent à rien. L'usure se renouvella sans cesse, soit que le produit de l'argent ne s'exigât plus sous l'ancienne dénomination de *foenus*, ce que la loi défendoit, mais sous le nouveau nom d'*usura* ou de *poena;* soit que les debiteurs dans le contrât de *prêt à usure* renonçassent au bénéfice de la loi. — Dass das Letztere, nämlich die Verzichtleistung des Schuldners auf die Wohlthat des Gesetzes, dazu Veranlassung gegeben, dass man die Gesetze nicht angewendet, hat auch schon *Ger. Noodt*, (*de foenor. et usur.*, II, 4,) ausführlich bewiesen. Die äussere Erlaubtheit einer solchen Verzichtleistung kann auch um so weniger auffallen, wenn man erwägt, dass die Römer die Zinsen an und für sich für keine unerlaubte Sache hielten, sondern nur durch die Volksbeschwerden veranlasst wurden, solche abzuschaffen. Hatte aber ein Schuldner aus freyen Stücken auf die Wohlthat der Gesetze Verzicht geleistet, so hatte er hernach keine Ursache, sich zu beschweren, wenn ihn der Gläubiger auch auf die Zinsen belangte.

solcher Gesetze halten sollten, wegen ihres eignen Interesse am meisten daran liegt, dass sie nicht befolgt werden. Dies war auch in Rom der Fall. — Unter solchen Umständen musste denn natürlich Schulden-Abolition die Losung eines jeden Factionen-Stifters werden, und musste es noch in den Zeiten des *Cicero* seyn, ja, gewisser Massen hier mehr als jemahls, weil die Schuldbedrückungen wirklich so überhand genommen hatten, dass man gegen das Ende des Freystaats die dagegen gegebenen Gesetze gar nicht mehr respectirte.

Man halte mir diese kleine Abschweifung zu Gute. Sie soll bloss dazu dienen, die Bemerkung mehr zu unterstützen: dass selbst die dauernden Dictatoren und die ersten Kaiser, weil ihnen die Ueberbleibsel der republicanischen Verfassung noch zu sehr im Wege standen, nichts weiter thun konnten, als das Verfahren in Schuldsachen für den Schuldner zu erleichtern, Mittel zur Tilgung der Schuld zu erfinden, und besonders den gänzlichen Ruin verschuldeter Personen abzuwenden.

Sulla erleichterte den Zustand der Schuldner durch die Einführung des *Beneficii eiurationis*. *Varro* a) giebt uns davon in den Worten: *id C. Popillio rogante Sulla Dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam eiurarent, ne essent nexi dissoluti;* Nachricht. Zwar glaubt *Bach*, b) diese Stelle gehe auf die *Lex Petillia*, und müsse statt: *Popillio*, *Poetelio* gelesen werden, und wären die Worte: *Sulla Dictatore*, ein Zusatz von einer fremden Hand; allein diese Behauptung wird dadurch zu wenig unterstützt, als dass man ihr Glauben beylegen könnte. Denn 1. konnte sich *Sulla* bey seiner Dictatur dem Volke nicht besser als durch die Einführung des *Beneficii eiurationis* empfehlen, und es wird darum schon höchst wahrscheinlich, dass er dasselbe eingeführt habe. Zu seiner Zeit gab es eine Menge *Vincti* und *Nexi* der Schulden halber in Rom, die kein Vermögen hatten, und die daher nach einer hergebrachten Erklärung des *Petillischen* Gesetzes im Gewahrsam ihrer Gläubiger bleiben und die Schuld abarbeiten mussten. Dagegen aber war nun das *Beneficium eiurationis* ein treffliches Mittel, weil jeder Schuldner, der kein Vermögen hatte, sich dadurch von dem sonst nothwendigen Personal-Arreste be-

a) *De LL.*, VI, p. 58, *ed. Godofr.*

b) *Histor. Iur. Rom.*, II, 2, §. 19, not. m, *ed. Stockm.*

freyen konnte. 2. Ist es keinem Zweifel mehr unterworfen, dass wirklich in den Zeiten des *Sulla* ein gewisser *C. Popilius Quaestor urbanus* war. [c]) Dass aber der *Quaestor urbanus* ganz füglich den Antrag zu einem solchen Gesetze machen konnte, als wovon hier die Rede ist, daran kann niemand zweifeln, der da weiss, was in diesem Zeitalter des Römischen Staats vor den *Quaestor urbanus* gehörte, und welche Nebengeschäfte derselbe noch ausser seiner Haupt-Function zu besorgen hatte. [d]) — Und was war leichter, als unter Mitwirkung des *Sulla* ein solches Gesetz durchzusetzen, so sehr man auch sich dagegen von Seiten der reichen und angesehenen Volksclasse gesträubt haben mag? 3. Zeigt eine Stelle beym *Cicero* [e]) deutlich, dass eine solche Anordnung existirt habe, und obendrein, dass sie damahls noch ziemlich neu gewesen seyn müsse. *Cicero* schreibt an den *Papirius Paetus* und lässt dabey Folgendes einfliessen: *Tu autem quod mihi bonam copiam eiures, nihil est. Tum enim cum rem habebas, quaesticulis te faciebam attentiorem. Nunc cum tam aequo animo bona perdas, non eo sis consilio, ut cum me hospitio recipias, aestimationem te aliquam putas accipere, etiam haec levior est plaga ab amico, quam a debitore.* Zwar ist alles dies, was *Cicero* hier sagt, nur figürlich gesprochen, und würde allein nichts beweisen, so viel es jetzt unter den Umständen und mit Hinsicht auf die Nachrichten, die *Varro* giebt, beweiset. Es ist eine bekannte Sache, dass jeder im gemeinen Leben Ausdrücke und Redensarten von der Kunst oder dem Gewerbe, welches er treibt, am liebsten wählt, und solche auf ganz heterogene Dinge anwendet. So macht es der Handwerksmann, der Soldat; und selbst der Rechtsgelehrte und gerichtliche Redner machen es so. Die Redensart, der sich *Cicero* hier bedient, deutet auch zu genau auf das Verfahren in Schuldsachen hin, als dass man es verkennen könnte: er habe etwas, was dabey gebräuchlich war, hier figürlich zur Anwendung bringen wollen. — Nimmt man vollends dazu, dass kurz vorher der Nahme: *Popilius*, vorkommt, und bey dieser Gelegenheit dem *Cicero* das auf den Antrag des *Popilius* einge-

c) *Pighius Annal. Rom.*, T. III. — Das Gesetz muss also a. U. c. 672, als *M. Decula* und *Cn. Dolabella Consules* waren, gegeben worden seyn, denn in diesem Jahre war *C. Popilius Quaestor urbanus.*

d) Vergleiche *C. Sigonius de antiquo iure populi Romani*, I, 132, 225, 694, und II, 172.

e) *Epist. ad Divers.*, IX, 16.

führte *Beneficium eiurationis* leicht beyfallen konnte, ja, beynahe, als eine so wichtige Begebenheit, nothwendig beyfallen musste; so bleibt nicht der mindeste Zweifel übrig, dass er in der angeführten Stelle auf das Verfahren in Schuldsachen habe anspielen wollen, und von etwas, was wirklich vorhanden war, hier eine Nutzanwendung gemacht habe.

Dass die Nachricht von der Einführung des *Beneficii eiurationis* auf den Vorschlag des *Popilius* und unter der Dictatur des *Sulla*, beym *Varro* in einer Verbindung vorkommt, in welcher sie bey einem Kenner der Römischen Gesetzgebung eigentlich nicht vorkommen sollte, beweis't nichts gegen die Existenz des vorhin bemerkten Gesetzes. — Fürs erste war *Varro* bekanntlich ein Vielwisser, und noch obendrein ein Vielschreiber; f) und Leute dieser Art dringen selten genau in den Gegenstand, den sie behandeln, ein, und bekümmern sich daher auch nicht um den genauen Zusammenhang der Dinge. Fast alle seine hinterlassenen Schriften, so viel wir davon fragmentarisch oder vollständig kennen, bestätigen die Richtigkeit dieser Behauptung. Unter diesen Umständen läßt es sich ganz gut begreifen, wenn *Varro* zuerst aus einander setzt: wer *Nexus* und *Vinctus* geheissen habe, und hernach hinzu fügt, dass die Sitte, die Schuldner zu *Nexis* und *Vinctis* zu machen, dadurch aufgehört habe, dass unter der Dictatur des *Sulla* auf den Antrag des *Popilius* das *Beneficium eiurationis* eingeführt worden, ohne sich weiter darum zu bekümmern, ob ein älteres Gesetz, — die *Lex Petillia*, — vorhanden war, die ebenfalls schon gegen diese Sitte eine Verfügung getroffen hatte, oder nicht. — Dann aber zweytens verdient auch die Flüchtigkeit des *Varro* hier wirklich Entschuldigung. Zu Anfang des Römischen Freystaats waren viele Gesetze gegeben, die in dem Zeitalter, in welchem *Varro* schrieb, nur dem Nahmen nach mehr bekannt waren, und wovon der Inhalt längstens verloren gegangen war, oder die man doch, weil sie entweder nie zur Anwendung waren gebracht worden, oder doch so häufig umgangen wurden, ganz übersah; und dass dahin auch das *Petillische* Gesetz gehörte, ist nach dem, was ich oben darüber bemerkt habe, keinem Zweifel unterworfen. — Begehen doch selbst die Römischen Juristen häufig den Fehler, dass sie es der Wirkung eines spätern Gesetzes zuschreiben, was bereits durch

f) Vergleiche *T. C. Harles Introd. in notit. litterat. Romanae*, P. II, pag. 165 seq.

ein früheres, wiewohl ohne dauernden Erfolg, war bestimmt worden. — War es also wohl dem *Varro*, diesem Vielwisser und Vielschreiber, zu verdenken, wenn er aus Unbekanntschaft mit dem *Petillischen* Gesetze, und weil er durchgehends fand, dass das Schuldverfahren mit dem Personal-Arreste der Schuldner anfing, annahm, dass durch eine Anordnung, die noch im frischen Andenken war, fest gesetzt worden sey: die Schuldner sollten nicht mehr *Nexi* und *Vincti* seyn, wenn sie im Stande seyn würden, *eiurare bonam copiam*.

Eben so wenig ist es für die Nicht-Existenz jenes Gesetzes ein Beweis, dass davon bey keinem andern Römischen Scribenten etwas vorkommt. — Wie viele Nachrichten sind uns von der Römischen Gesetzgebung dadurch verloren gegangen, dass wir keine einzige Schrift der Römischen Juristen mehr vollständig besitzen. — Die Nachrichten, welche wir von den Gesetzen der Römer bey den Geschichtschreibern und andern Scribenten antreffen, sind bekanntlich höchst unvollständig, wenn sie gleich mehrentheils unsre einzigen Nachrichten sind. Dass von Leuten dieser Art nur zufällig ein Gesetz mit angeführt wird, und wenn sich eine Veranlassung dazu bey dem Gegenstande, den sie abhandeln wollen, findet, ist eine zu bekannte Sache, als dass ich sie erst zu erweisen brauchte. — Vielleicht fehlte es spätern Scribenten an Veranlassung dazu, die unter *Sulla* gemachte Anordnung, wodurch das *Beneficium eiurationis* eingeführt wurde, anzuführen, und vielleicht hätten wir gar keine Kenntniss davon, wenn *Varro* nicht auf den Einfall gekommen wäre, die Materie vom *Nexus* etymologisch zu behandeln. — Es war auch dieses Gesetz, wenn man es so nennen will, ein sehr unbedeutendes, in Vergleichung zu den andern Gesetzen, die *Sulla* machte; und wer seine Gesetzgebung als Geschichtschreiber darstellte, nahm natürlich diejenigen Gesetze heraus, welche die meiste Sensation gemacht hatten. — Und geht es uns denn in Absicht des Beweises bey andern Gesetzen der Römer besser, von welchen doch niemand läugnet, dass sie existirt haben?

Nimmt man nun noch zu allem diesem, dass *Varro* und *Cicero* in Einem Zeitalter lebten, und dass man von einem Gesetze, das so neu war, in den Gerichten sprach und dasselbe anwandte, und so davon am leichtesten etwas in ihre Schriften einfliessen konnte; so ist an der Existenz des Gesetzes gar nicht mehr zu zweifeln.

Es fragt ſich nur noch: Wie weit gingen der Zweck und die Abſicht dieſes Geſetzes, und was brachte daſſelbe für Veränderungen in dem Schuldverfahren der Römer hervor? — Die Frage iſt allerdings wegen ihres Einfluſſes auf die folgenden Zeiten ſehr wichtig.

Nach dem, was uns *Varro* über dieſe neue Anordnung überliefert hat, hatte ſolche keinen andern Zweck, als den Perſonal-Arreſt derjenigen Schuldner aufzuheben, welche kein Vermögen hatten, und daher auch auf die gewöhnliche Art, nämlich durch die *Proſcriptio bonorum*, ihre Gläubiger nicht befriedigen konnten. Mit dem Perſonal-Arreſte fing ja, des *Petilliſchen* Geſetzes ungeachtet, das eigentliche Schuldverfahren an. Fand man nun kein Vermögen des Schuldners, ſo konnte man auch nicht um die *bonorum Poſſeſſio* nachſuchen, ſo konnte keine *Proſcriptio* erfolgen; mithin muſste der Schuldner *Nexus* und *Vinctus* bleiben und die Schuld abarbeiten, wenn nicht Hoffnung eines Erwerbes vorhanden war. Es iſt alſo eine nur dem Polyhiſtor *Varro* zu verzeihende Unwahrheit, daſs durch das von *Sulla* eingeführte *Beneſicium eiurationis* der Perſonal-Arreſt der Schuldner ganz aufgehoben worden ſey, ſondern das Schuldverfahren fing noch damit nach wie vor an; und ſo wie dieſe Rechtswohlthat den Schuldnern, die Vermögen hatten, ſchon nach der Natur der Sache nicht zukommen konnte, ſo durften auch die ſich derſelben gewiſs nicht bedienen, welche böslicher Weiſe ihren Vermögensverfall veranlaſst hatten, weil überall die Römer dafür hielten, daſs ſolchen Perſonen, welche ſich bösliche Handlungen zu Schulden kommen laſſen, keine Rechtswohlthaten geſtattet werden müſsten.

Indeſs wenn auch nicht, wie *Varro* behauptet, der Perſonal-Arreſt der Schuldner durch das *Beneſicium eiurationis* ganz aufhörte, ſo wurde doch die Zahl der *Nexi* und *Vincti* dadurch ungemein vermindert. — Denn es war natürlich, daſs die meiſten *Vincti* und *Nexi* ſolche ſeyn muſsten, die kein Vermögen hatten, auch den Gläubigern zu keinem zukünftigen Erwerbe Hoffnung machen konnten. — Die faſt gänzliche Aufhebung des Perſonal-Arreſtes wurde aber erſt durch die Einführung der Rechtswohlthat der Güterabtretung, (*Beneſicium ceſſionis bonorum,*) gewirkt.

Ueber den Urheber dieſer Rechtswohlthat und die Veranlaſſung zur Einführung derſelben iſt man, ob ſie gleich in neuere Zeiten fällt, eben ſo uneinig,

und in gewiſſer Hinſicht noch uneiniger, als über die Urheber und die Veranlaſſung mehrerer in die höchſte Blüthe des Römiſchen Freyſtaats fallender Geſetze. — Ehe ich mich indeſs auf die *Ceſſio bonorum* näher einlaſſe, muſs ich noch bemerken, daſs das von *Sulla* eingeführte *Beneficium eiurationis* für die Folge eben ſo wenig Nutzen für die Schuldner hatte, als das *Petilliſche* Geſetz, entweder weil es, eben ſo wie dieſes, durch das Verſprechen der Schuldner, ſich den Gläubigern zum Perſonal-Arreſte zu ſtellen, umgangen werden konnte, oder weil es durch kein förmliches Geſetz, ſondern durch eine bloſse Verfügung eines Magiſtrats, die der Dictator autoriſirt hatte, eingeführt war, und daher mit andern ähnlichen Anordnungen bald wieder in Vergeſſenheit gerieth. Der Beweis dieſer Behauptung läſst ſich leicht führen. 1. Kommen in den Zeiten des *Julius Cäſar* wieder die alten Beſchwerden des Volks über willkührliche Behandlungen der Gläubiger, und auch darüber vor, daſs die Schuldner, wenn ſie kein Vermögen hatten, woran ſich die Gläubiger halten konnten, von dieſen gefänglich eingezogen und zu Arbeiten als Sclaven gebraucht wurden. [g]) Dieſe letzte Beſchwerde aber hätte nicht Statt finden können, wenn das unter *Sulla* eingeführte *Beneficium eiurationis* fortdauernde rechtliche Wirkung gehabt hätte. 2. Stellte *Juſtinian*, wie ich weiter unten zeigen werde, dieſe Rechtswohlthat ausdrücklich für diejenigen wiederher, welche kein Vermögen hatten, und daher auch von der *Ceſſio bonorum* keinen Gebrauch machen konnten. Freylich beweiſ't dieſes letztere Argument allein nur wenig, denn es iſt bekannt, daſs *Juſtinian* häufig nur Anordnungen des ältern Rechts wiederhohlt, und dabey thut, als wären ſie zuerſt von ihm gemacht worden; — aber in Verbindung mit dem erſtern Grunde hat daſſelbe doch allerdings ein groſses Gewicht, zumahl wenn man bedenkt, daſs, wenn das *Beneficium eiurationis* von Dauer geweſen wäre, doch davon gewiſs etwas in den Pandecten hätte vorkommen müſſen.

Ich gehe nun zu der *Ceſſio bonorum* ſelbſt über. — Ueber den Urheber dieſer Rechtswohlthat ſind die Rechtslehrer bekanntlich verſchiedener Meinung. Der gröſste Theil ſchreibt ſie dem *Julius Cäſar* zu, [h]) der geringere Theil

g) Vergleiche *Caeſ. de B. c.* und *Salluſt.* in *Bell. Catilin.*, wo an mehrern Orten dieſe Beſchwerden vorkommen.

h) *W. Neuhaus* D. *ad Leg. Petill.* ſ. c.,

aber ist für die Behauptung, dass *Augustus* der Urheber dieser Rechtswohlthat sey. i) Ich muss hierbey bemerken, dass die *L. 4 C. qui bon. ced. poss.*, welche von einer *Lex Iulia* im Allgemeinen spricht, wodurch die *Cessio bonorum* eingeführt worden, hier darum gar nichts entscheidet, weil sie eben so gut auf den *Julius Cäsar* als den *August* bezogen werden kann, und dass selbst diejenigen Rechtslehrer, welche den *Julius Cäsar* für den Urheber dieser Rechtswohlthat halten, zugestehen, dass von ihm kein Gesetz vorhanden sey, woraus solche unmittelbar abgeleitet werden könnte, sondern dass sie vielmehr aus seinen Gesetzen über das Schuldenwesen von den Rechtslehrern späterhin abgeleitet worden, und durch deren Ansehen eine allgemeine Rechtswohlthat für die Schuldner geworden sey.

Da es ausgemacht ist, dass die *Cessio bonorum* vor dem *Julius Cäsar* als Rechtswohlthat noch nicht vorhanden gewesen ist, so kommt es bey der Erörterung der Frage: wer der Urheber derselben sey, zuvörderst darauf an: ob die von dem *Julius Cäsar* über das Schuldenwesen gemachten Gesetze, so weit wir solche kennen, so beschaffen waren, dass daraus die *Cessio bonorum* von den Rechtslehrern füglich abgeleitet werden konnte? — Wir wollen bey dieser Untersuchung vor der Hand ganz davon absehen, dass die *L. 4 C. qui bon. ced. poss.* geradezu sagt, *die Cessio bonorum* sey durch ein eignes Gesetz eingeführt worden; denn es konnte leicht geschehen, dass man in spätern Zeiten eine aus einem Gesetze nur abgeleitete Rechtswohlthat so ansah, als wenn sie durch das Gesetz selbst wäre angeordnet worden, und wir haben von solchen Ereignissen in dem Römischen Rechte mehrere Beyspiele.

So viel wir wissen, gab *Julius Cäsar* drey Gesetze, welche das Schuldenwesen zum Gegenstande hatten. Das erste desselben überliefert uns *Sueton* k) in den Worten: *ut debitores creditoribus satisfacerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante bellum civile comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numera-*

pag. 40 seq. *Bouchaud Comm. sur la loi des douze Tabl.*, p 417. *Hufeland Rechtsgeschichte*, §. 430. *von Almendingen Ueber den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger*, p. 63. u. a. m.

i) *Bach Histor. Iur. Roman.*, L. III, C. I, S. II, §. XV. *Alciat. Parerg*, I, 4.

k) In *Caesare*, C. 42.

tum perscriptumque fuisset. Selbst *Cäsar* [l]) spricht von dieser seiner Gesetzgebung als einer sehr nützlichen Anordnung, und durch welche die gedrückten Schuldner eine grosse Linderung erhalten hätten, und giebt den Inhalt dieses Gesetzes völlig eben so wie *Sueton* an. Auch *Dio Cassius* [m]) führt dieses *Julische* Gesetz an, aber seine Angabe des Inhalts desselben stimmt nicht mit der Angabe des *Sueton* überein. Ich muss die Stelle aus dem *Dio Cassius* hier vollständig hersetzen, weil ich derselben hernach bey der Erläuterung dieses Gesetzes bedarf. „Ἐπειδὴ γὰρ," (sagt er,) „οἵ τε δεδανεικότες τισὶ πικροτάτας τὰς εἰςπράξεις, ἅτε καὶ πολλῶν χρημάτων διά τε τὰς στάσεις καὶ διὰ πολέμους προςδεόμενοι, ἐπιοῦντο, καὶ τῶν ὀφειλόντων συχνοὶ, οὐδὲ ἐθέλοντες, ἀποδοῦναι τι ὑπὸ τῶν αὐτῶν ἐδύναντο, (οὔτε γὰρ ἀποδόσθαι τι οὔτε δανείσασθαι ῥᾴδιον αὐτοῖς ἐγίγνετο,) κἀκ τούτου πολλὰ μὲν ἄπιστα, πολλὰ δὲ καὶ δολερὰ πρὸς ἀλλήλους ἔπραττον· καὶ δέος ἦν, μὴ καὶ ἐς ἀνήκεστον τι κακὸν προχωρήσωσιν. ἐμετριάθη μὲν καὶ πρὸ τούτου πρὸς δημάρχων τινῶν τὰ κατὰ τοὺς τόκους· ἐπεὶ δ' οὐδ' ὣς ἀπεδίδοντο, ἀλλ' οἱ μὲν τῶν ἐνεχύρων ἐξίσταντο, οἱ δὲ καὶ τὸ ἀρχαῖον ἐν ἀργυρίῳ ἀπήτουν· ἀμφοτέροις τότε ὁ Καῖσαρ ὡς οἷόν τε ἦν ἐπεκούρησε. Τά τε γὰρ ἐνέχυρα πρὸς τὴν ἀξίαν ἐναποτιμηθῆναι ἐκέλευσε, καὶ δικαστὰς αὐτῆς τοῖς ἀμφισβητοῦσι τι ἀποκληροῦσθαι προςέταξεν." — Dass übrigens Beyde, *Sueton* und *Dio Cassius*, von einem und eben demselben Gesetze reden, geht daraus unwidersprechlich hervor, weil sie die Veranlassung dazu auf gleiche Art erzählen, und auch in der Hauptsache mit einander überein stimmen.

Es ist dieses erste Gesetz des *Julius Cäsar* über das Schuldenwesen, wie ich dafür halte, das einzige, das unsre Aufmerksamkeit verdient. Denn die beyden andern gegen das Zusammenhäufen des baaren Geldes, [n]) um damit Wucher zu treiben, und über die zweckmässigste Anlegung der Capitalien zum Besten des gemeinen Wesens, [o]) liegen zu weit aus dem Wege, als dass man auf sie hier Rücksicht nehmen dürfte, obgleich *Stockmann* [p]) dafür hält, dass aus dem letztern Gesetze die Lehre von der *Cessio bonorum* abgeleitet werden müsse.

l) *Bell. civil.*, L. III, C. 1.

m) *Histor. Rom.*, XLI, pag. 286.

n) *Dio Cassius*, *l. c.*, pag. 287.

o) *Tacit. Annal.*, VI, 16. *Dio Cassius*, L. VIII, pag. 634.

p) In der *Note* **) zu *Bach Histor. Iur.* *l. c.*

Das *Julische* Gesetz, von welchem so wohl *Sueton* als *Dio Cassius* spricht, liegt ausser dem Falle des förmlichen Schuldenwesens, und enthält weiter nichts als eine Art von Gebung an Zahlungsstatt, die aber auf die Zeit eingeschränkt, und nur nach den Zeitumständen bestimmt war, in der Folge aber allgemein eingeführt, und auch als eine allgemeine Rechtswohlthat der Schuldner anders bestimmt werden musste. Beyde oben angeführte Geschichtschreiber kommen darin mit einander überein, dass lediglich der Umstand Veranlassung zu dem Gesetze gegeben habe, dass die Gläubiger ihr Geld von den Schuldnern haben wollten, diese aber kein baares Geld, wohl aber Güter und Vermögen genug hatten, und die erstern, durch die Drangsale des bürgerlichen Krieges gezwungen, auf die Entrichtung der Schuld im baarem Gelde schlechterdings bestanden, die letztern hingegen, ebenfalls dadurch erschöpft, kein baares Geld aufzutreiben wussten, zumahl da sich zu ihren Gütern keine Käufer finden wollten. Nach dem *Sueton* sollen die Gläubiger nach Abzug alles dessen, was an Zinsen entweder bereits bezahlt oder noch verschrieben war, lediglich wegen des reinen Capitals mit den Gütern der Schuldner nach dem Werthe, wie diese solche vor dem bürgerlichen Kriege erworben hatten, abgefunden werden; nach dem *Dio Cassius* aber soll die Abfindung der Gläubiger dadurch geschehen, dass die ihnen verpfändeten Güter durch eigens dazu angeordnete Personen taxirt, und nach dieser Taxe ihnen für das angeliehene Capital zugeschlagen werden. — Die Nachricht des *Sueton* von diesem *Julischen* Gesetze verdient vor der des *Dio Cassius* darum allerdings den Vorzug, weil sie eines Theils bestimmter ist, und andern Theils mit der damahligen Lage der Dinge sich besser in Vereinbarung bringen lässt; denn die Absicht des *Cäsar* ging nur eigentlich dahin, den bedrückten Schuldnern Luft zu verschaffen, welches nicht besser als durch diese Anordnung, so wie sie uns *Sueton* überliefert hat, geschehen konnte. Hätten die Schuldner den Gläubigern ihre Güter nach dem gegenwärtigen Werthe für die Schuld überlassen sollen, so würden sie dabey sehr zu kurz gekommen seyn, weil bey der Wenigkeit des baaren Geldes auch natürlich der Werth der Grundstücke sehr gefallen war. Nahm man aber dabey auf den Werth Rücksicht, den die Güter vor dem Ausbruche des bürgerlichen Krieges hatten, zu welcher Zeit eine grosse Wohlhabenheit in Rom herrschte und Geld genug vorhanden war, so musste da-

durch für die Schuldner eine ungemeine Erleichterung entstehen. Daſs die Gläubiger dabey ſehr zu kurz kamen, verſteht ſich von ſelbſt, aber dieſe ſollten auch nach der Abſicht des *Cäſar* dabey zu kurz kommen, welchem, als einem Menſchen, der die republikaniſche Verfaſſung der Römer vernichten wollte, der reiche und angeſehene Mann am meiſten im Wege ſtand. — Was übrigens *Dio Caſſius* von verpfändeten Gütern ſagt, läſst ſich ganz füglich mit der Nachricht des *Sueton* vereinigen.

Wenn dieſes *Juliſche* Geſetz, wie aus der ganzen Veranlaſſung dazu unwiderſprechlich ſich ergiebt, nur für die Zeit eines Theils gegeben war, andern Theils aber beſtimmte, daſs die Gläubiger die Güter der Schuldner an Zahlungsſtatt hinnehmen ſollten, mithin ganz auſser dem Falle des eigentlichen und förmlichen Schuldenweſens lag: ſo folgt daraus ganz natürlich, daſs es die *Lex Iulia de ceſſione bonorum* nicht ſeyn kann, wovon die *L.* 4 *C. qui bon. ced. poſſ.* ſo beſtimmt ſpricht; und daſs es die andern *Juliſchen* Geſetze, welche das Schuldenweſen betreffen, und die ich oben beyläufig angeführt habe, eben ſo wenig ſeyn können, ergiebt ſich ſchon aus der bloſsen Anſicht derſelben.

Es iſt auch wirklich ſehr viel gewagt, wenn man behaupten will: die Römiſchen Juriſten hätten aus dem mehrgedachten *Juliſchen* Geſetze die Rechtswohlthat der Güterabtretung hergeleitet. Fürs erſte widerſpricht dieſem die *L.* 4 *C. qui bon. ced. poſſ.*, worin es mit dürren Worten heiſst, daſs eine *Lex Iulia* dieſe Rechtswohlthat eingeführt habe. Man kann auch ferner nicht dawider einwenden, die ſpätern Juriſten hätten vielleicht vermöge einer herkömmlichen Erklärung jenes *Juliſche* Geſetz ſo angeſehen, als wenn dadurch die Rechtswohlthat der Güterabtretung wäre eingeführt worden. Wäre erſtens die *L.* 4 *C. qui bon. ced. poſſ.* ein Fragment von einem claſſiſchen Juriſten, ſo lieſse ſich dieſer Einwand noch wohl hören, aber ſo iſt ſie ein Excerpt aus einem kaiſerlichen Reſcripte. Der Umſtand, daſs es in der *L.* 4 *C. qui bon. ced. poſſ.* heiſst: es ſey die *Lex Iulia de ceſſione bonorum, conſtitutionibus divorum parentum,* auch auf die Provinzen ausgedehnt worden; zeugt ebenfalls dafür, daſs ein ausdrückliches Geſetz über die *Ceſſio bonorum* vorhanden geweſen ſeyn müſſe, indem eine Ausdehnung des oben gedachten *Juliſchen* Zeitgeſetzes auf die Provinzen nach der Natur der Sache unmöglich war. Dann zweytens iſt auch die Be-

hauptung: daſs die Rechtsgelehrten aus dem oben gedachten *Juliſchen* Geſetze die *Ceſſio bonorum* abgeleitet hätten; ſchon darum ganz unglaublich, weil jenes Geſetz ein bloſses Zeitgeſetz iſt, das, wie andere ähnliche Geſetze, bald wieder aus der Reihe der Dinge verſchwinden muſste, ganz auſser dem Falle des förmlichen Schuldenweſens liegt, und nicht einmahl den entfernteſten Stoff zu einer ſolchen Ableitung enthält. — Es iſt zwar eine bekannte Sache, daſs die Römiſchen Rechtsgelehrten Geſetze auf andere Fälle angewendet und weiter ausgedehnt haben, als ſie eigentlich hätten angewendet und ausgedehnt werden ſollen; aber nirgends findet man im ganzen Römiſchen Rechte Beyſpiele von einer ſolchen gewaltſamen Anwendung und Ausdehnung der Geſetze. — Eher lieſse ſich noch behaupten, die Rechtslehrer hätten die *Ceſſio bonorum* für ſich ſelbſt erfunden, wenn hier nicht wieder die *L. 4 C. qui bon. ced. poſſ.* entgegen ſtünde, nach welcher ausdrücklich die Einführung der *Ceſſio bonorum* einem *Juliſchen* Geſetze zugeſchrieben wird.

Ich nehme dieſem zu Folge an: die *Ceſſio bonorum* ſey durch ein eignes Geſetz eingeführt worden. — Die von dem *Julius Cäſar* gegebenen oben angeführten Geſetze können ſolche nicht enthalten haben. — Sie waren Zeitgeſetze, und enthielten dazu lauter Verfügungen, die auſser dem Falle des förmlichen Schuldenweſens lagen. Man kann auch nicht einmahl annehmen, daſs ein uns unbekannter Anhang zu dem einen oder dem andern dieſer Geſetze die *Ceſſio bonorum* eingeführt habe, indem dieſes Rechtsmittel mit keiner von jenen geſetzlichen Anordnungen in Verbindung ſteht, auch die Zeitumſtände, wie ich hernach zeigen werde, nicht von der Art waren, daſs ſie den *Julius Cäſar* zu einer ſolchen Geſetzgebung hätten beſtimmen können, in ſo fern man nämlich behaupten wollte, die *Ceſſio bonorum* ſey in einem Anhange zu dem oben angeführten Geſetze enthalten geweſen: denn ſeine ganze Geſetzgebung, ſo weit wir ſie kennen, hatte bloſs den Zweck: die niedere Volksclaſſe vor der Hand zu unterſtützen; den Umlauf des baaren Geldes zu befördern; und auf dieſe Art die Herbeyſchaffung desjenigen möglich zu machen, was er zu ſeinen Uſurpationen gebrauchte.

Freylich kann bey dem Allen die *Lex Iulia*, wodurch, nach der *L. 4 C. qui bon. ced. poſſ.*, die *Ceſſio bonorum* eingeführt worden ſeyn ſoll, — dieſes eigne für ſich beſtehende Geſetz, — noch immer ſo gut dem *Cäſar* als dem *Auguſtus* bey-

gelegt werden, indem bekanntlich so wohl die Gesetze des *Cäsar* als des *Augustus Julische* Gesetze genannt werden, die eben gedachte *L.* 4 über den Urheber dieses Gesetzes weiter keine Auskunft giebt, und es wohl möglich seyn könnte, dass *Cäsar* wenigstens in spätern Zeiten durch ein Gesetz die *Cessio bonorum* eingeführt habe. Es kommt daher bey der gänzlichen Dunkelheit, die hier in der Römischen Rechtsgeschichte herrscht, lediglich darauf an: ob nach den Zeitumständen und der individuellen Lage des Staats *Julius Cäsar* oder nicht vielmehr *Augustus* für den Urheber des Gesetzes zu halten ist.

Wenn wir von der oben angeführten Gesetzgebung des *Cäsar* in Schuldsachen ausgehen, und ferner erwägen, dass bey ihm das Volk sich über die Misshandlungen, die es von den Gläubigern erlitt, heftig beschwerte, und dass zu diesen angeblichen Misshandlungen nach hergebrachter Sitte auch gerechnet wurde, dass die Schuldner zu *Nexis* und *Vinctis* gemacht und zu Sclavendiensten gebraucht wurden: q) so scheint nichts gegründeter zu seyn als die Behauptung: dass auch er, wiewohl in spätern Zeiten, in welche die oben von ihm angeführten Gesetze fallen, Urheber des *Julischen* Gesetzes, wodurch die *Cessio bonorum* eingeführt worden, und wovon die *L.* 4 *C. qui bon. ced. poss.* spricht, gewesen ist. — Nehmen wir hingegen darauf Rücksicht, dass das *Julische* Gesetz über die *Cessio bonorum* als ein fortdauerndes Gesetz eine schon völlig beruhigte Staatsverfassung voraus setzt, auf das allgemeine Beste der Bürger berechnet ist, und schlechterdings nicht anders als unter Voraussetzung anderer zweckmäßiger Einrichtungen in Betreff des Schuldenwesens gedacht werden kann, welche zu *Cäsars* Zeiten nicht vorhanden waren, auch nicht füglich vorhanden seyn konnten: so ist der höchste Grad von Wahrscheinlichkeit da,

q) Nach *von Almendingen, l. c.*, p. 64, konnten freylich die Schuldner sich nicht über persönliche Misshandlungen im Gefängnisse zu Cäsars Zeiten beschweren; allein wenn auch die Geschichte davon schweigt, so folgt doch daraus noch nicht, dass dergleichen Klagen nicht hätten Statt finden können. Der Personal-Arrest war noch im Gebrauche; dies kann niemand läugnen, und die Misshandlung war nach den Umständen davon eine natürliche Folge. — Die Geschichtschreiber führen die Beschwerden der Schuldner bloss im Allgemeinen an, und es gehörte auch wirklich die Misshandlung im Gefängnisse jetzt noch immer zu den geringsten Beschwerden. — Uebrigens sind hier in Absicht der Sache selbst nachzusehen: *Seneca de benefic.*, VII, 10, und *Valer. Maxim. l. i. c.*

dafs *August* der Urheber diefes Gefetzes fey. Denn 1. war in den Zeiten des *Julius Cäfar* der Staat keinesweges fo beruhigt, dafs man an ein fo allgemein nützliches Gefetz hätte denken können. Es zeigen auch alle andere Gefetze des *Cäfar*, dafs derfelbe entweder nur für die Zeit gedacht, oder doch nie die Abficht gehabt hat, für das allgemeine Befte und fortdauernd zu wirken. Hingegen in den Zeiten des *Auguftus* war der Staat gerade in dem Zuftande, welcher Gefetze der Art, als das *Julifche* Gefetz über die *Ceffio bonorum* ift, hervor zu bringen pflegt. Ferner 2. erfahren wir von den Gefchichtfchreibern, [r]) dafs *August* eine Menge zweckmäfsiger Einrichtungen und Gefetze gemacht und die innere Staatsverwaltung faft ganz umgefchaffen habe, — Dinge, woran man zu *Cäfars* Zeiten nicht dachte und auch nicht füglich denken konnte. — Dafs er dabey auch auf das Schuldenwefen Rückficht genommen, darin ftimmen *Sueton* und *Dio Caffius* mit einander überein; und wenn Beyde gleich mit keinem Worte von der *Ceffio bonorum* fprechen, fo erklären fie fich doch über andere eben fo wichtige Erleichterungen, die *August* den Schuldnern verfchaffte, fo deutlich, [s]) dafs wir füglich annehmen können, er fey bey den übrigen hier zufammen laufenden Umftänden auch Schöpfer diefer Rechtswohlthat. Endlich 3. ift auch die *Lex Iulia de ceffione bonorum* im Geifte des Römifchen Rechts ein Prozefs-Gefetz, und wir haben zwar fo wohl von dem *Cäfar* als dem *August* *Leges iudiciarias*, von dem Letztern aber nur allein wirkliche Prozefs-Gefetze. [t])

r) *Sueton. l. c.*, Cap. feq. *Dio Caffius l. c.*, pag. 717 feq. Der letztere Gefchichtfchreiber läfst fich befonders auf die Anordnungen des *August* noch mehr im Detail ein als der erftere.

s) Ich habe hier die Verfügungen im Sinne, welche *August* wegen der öffentlichen Schuldner traf, und die durch ihn gewirkte Schulden-Abolition.

t) Man vergleiche hier die gelehrte Abhandlung von *M. Temmink*: Comm. *ad fragmenta quaedam legis Iuliae de iudiciis*; in *Oelrichs Thef. nov. diff. iurid.*, II, 2, pag. 27. — Uebrigens mufs ich noch bemerken, dafs *Bouchaud*, *a. o. a. O.*, über das *Julifche* Gefetz von der *Ceffio bonorum* recht in Verlegenheit ift, und dafs er fich gegen feine Deutfchen Collegen, die gerade hier den Rock fo wieder anziehen, als ihn der Grofsvater ausgezogen hat, fehr furchtfam zeigt. Er fpricht von dem oben nach *Sueton* und *Dio Caffius* erklärten Gefetze des *Cäfar*, und fügt nun hinzu: „Ce „fut *peut-être* encore *cette même* loi „Iulia *de datione in folutum*, qui introduifit „le bénéfice de la ceffion des biens. Il eft „conftant du moins, que diverfes autorités", (nämlich die Gefetze im *Cod. Theod.* und

Die *L. 4 C. qui bon. ced. poss.* belehrt uns, dass die *Lex Iulia de cess. bonor.* anfangs bloss für den Römer gegeben, späterhin aber auch auf die Provinzen erstreckt worden sey. u) — So wenig auffallendes auch dieses Ereigniss für den Kenner der Römischen Geschichte und Gesetzgebung hat, so ist es doch merkwürdig, dass wir auch nicht die geringste Nachricht darüber besitzen, von welchem Kaiser die weitere Ausdehnung des *Julischen* Gesetzes herrühre. Ueberall scheint ein sonderbares Schicksal über dieses Gesetz zu walten, und es ist gleichsam, als wenn so wohl der Urheber als der Erweiterer desselben durchaus hätten unbekannt bleiben sollen. — Desto ausführlicher aber werden wir über den Inhalt und die Absicht des Gesetzes, so wohl in den Pandecten, als dem beyderseitigen Codex, dem *Theodosianischen* und *Justinianeischen*, belehrt. v)

Die *Lex Iulia de cess. bonor.* erlaubt den Schuldnern, ihr Vermögen an die Gläubiger abzutreten, und sich dadurch nicht nur dem Personal-Arreste, womit sie sonst belegt werden konnten, zu entziehen, sondern auch auf diesem Wege zu verhindern, dass nicht der kleinste Erwerb, den sie nach der Güter-Proscription machten, wieder die Beute der habsüchtigen Gläubiger wurde. Man muss sich so ganz in die Römische Verfassung und in die Römischen Rechtsbegriffe vom Eigenthume und von den zwischen dem Eigenthume und dem Eigenthümer bestehenden Banden hinein denken, wenn man sich einen richtigen Begriff von der *Cessio bonorum* machen will. Ich finde durchgehends, dass die Rechtslehrer, w)

Iustin.,) „attribuent à une Iulia l'origine de „bénéfice," u. s. f.

u) Vergleiche über dieses Gesetz besonders *C. de Keyser C. ad L. 4 C. qui bon. ced. poss.* Ultrai. 1722. Jedoch wird auch hier das Gesetz mehr in doctrineller als historischer Hinsicht behandelt.

v) Ueber den Titel der Pandecten: *de cess. bonor.*, (Dig., XLII, 3,) haben wir keinen eignen Commentar, sondern müssen uns hier mit den allgemeinen Pandecten-Commentarien begnügen. Wohl aber ist über den Titel des Codex: *qui bonis ced. poss.*, (Cod., VII, 51,) eine Art von Commentar an *L. Sanchez de Melo* in *Tit. C. qui bonis cedere possunt*, Malacc. 1642, vorhanden.

w) Ihre Zahl ist sehr beträchtlich, wenn man *Lipens Bibl. iurid.*, nebst den Supplementen von *Schott* und *Senckenberg*, voc.: *Cessio bonorum*, zu Rathe zieht. Die meisten haben jedoch die heutige Concurs-Lehre entweder ganz oder zum Theile mit abgehandelt, und daher rührt es, dass man in mehrern Abhandlungen das nicht findet, wovon der Titel spricht. — Die noch einiger Massen erträglichen einzelnen Schriften über die *Cessio bonorum* sind:

welche die Materie von der *Cessio bonorum* behandelt haben, auf das Eigenthümliche der Römischen Privat-Verhältnisse wenig oder gar keine Rücksicht genommen haben, x) und will mich daher bemühen, die Sache nach ihrer wahren Beschaffenheit zu entwickeln.

Das *Petillische* Gesetz hatte die Gläubiger von der Person des Schuldners an dessen Vermögen verwiesen. — Aber die Unzertrennlichkeit zwischen dem Eigenthümer und seinem Eigenthume, welche nach Römischen Rechtsbegriffen Statt fand, erlaubte es nicht, dass die Gläubiger mit gänzlicher Vorbeygehung der Person sich an das Vermögen des Schuldners halten konnten, und daher erklärte man, wie ich oben, (Kap. 4,) gezeigt habe, das *Petillische* Gesetz so, als wenn es das Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners bloss in ein mittelbares an dessen Vermögen umgeschaffen habe, und dass der Gläubiger nur erst durch die Person des Schuldners an dessen Vermögen kommen könne. So wie aus diesem Grunde das alte Verfahren gegen den Schuldner in dem Personal-Arreste, theils als Zwangs-, theils als Sicherungsmittel beybehalten wurde, eben so war auch eine gerichtliche Absonderung des Eigenthümers, — des verarmten Schuldners, — von seinem Eigenthume nöthig, und konnte überall diese Absonderung nur unter der Rechtserdichtung geschehen, als sey der Schuldner, der sich unter dem Personal-Arreste befand, oder sich verborgen hatte, oder entflohen war, nicht mehr vorhanden, oder werde doch durch die Handlung des Richters mit Hinsicht auf das *Petillische* Gesetz in Absicht seines Vermögens gleichsam mortificirt. — Nichts konnte den wirklich harten Zustand der Schuldner lindern, als eine gänzliche Vernichtung der hergebrachten Rechtsbegriffe, oder die Erfindung eines Rechtsmittels, wodurch den bedrängten Schuldnern unter die Arme gegriffen wurde. — Das *Juli-*

I. Harprecht D. *de cess. bonor.* Tub. 1623. *I. C. Linck* D. *de cess. bonor.* Arg. 1740. *B. L. Schwendendörfer* D. *de cess. bonor.* Lips. 1668. *I. Slüter* D. *de cess. bon.* Gryphisw. 1637. *S. I. Geldermann de beneficio cess. bonor.* Ultrai. 1727. *C. Zegers* D. *de cess. bonorum.* Trai. ad Rhen. 1717. — Auch können die in den *Disput. Basil.*, Vol. V, Nr. 31, und Vol. VIII, Nr. 17, enthaltenen Abhandlungen von *Wogesser* und *Möller* noch hierher gerechnet werden.

x) Selbst bey dem trefflichen *Domat*, (*Loix civil.*, IV, 5, 1,) findet man hier statt der sonst von ihm gewohnten scharfsinnigen Einleitung zu der abzuhandelnden Rechtsmaterie ein höchst fades Raisonnement.

ſche Geſetz löſ'te dieſes Problem auf die einfachſte und natürlichſte Art, ohne den hergebrachten und zu tief in der Römiſchen Verfaſſung liegenden Rechtsbegriffen Eintrag zu thun, — auf eine Art, von der es zu bewundern iſt, daſs ſie nicht ſchon früher gäng' und gäbe geworden war. — Es verordnete, daſs der Schuldner ſich ſelbſt von ſeinem Vermögen ſolle losſagen können, und machte dadurch ſo wohl der Nothwendigkeit einer richterlichen Abſonderung des Eigenthümers von ſeinem Eigenthume, als den mit dieſer Procedur in unzertrennlicher Verbindung ſtehenden Perſonal - Arreſt entbehrlich. Ein Anhang des Geſetzes oder auch wohl nur eine Folge der darin angeordneten *Ceſſio bonorum* war der Satz: daſs nach geſchehener Güterüberlaſſung nicht jeder neue Erwerb des Schuldners ſogleich wieder eine Beute der habſüchtigen Gläubiger werden ſolle. — Doch iſt mir das Erſtere darum glaublicher, weil jener Satz keine nothwendige Folge der geſchehenen *Ceſſio bonorum* iſt, wenigſtens ſich mit Hinſicht auf ihren Inhalt nicht annehmen läſst, daſs die Gläubiger durch die Entgegennahme der abgetretenen Güter darauf Verzicht geleiſtet hätten, einen neuen Erwerb des Schuldners, beſonders wenn das ihnen abgetretene Vermögen ſchon war veräuſsert worden, ſogleich von neuem wieder anzufallen. — Und in einer richterlichen Nachſicht läſst ſich dieſer Rechtsſatz nicht füglich, und eben ſo wenig in einer bloſs von den Rechtslehrern angenommenen Meinung ſuchen. — Das bekannte Beyſpiel vom *Filius familias* y) zeigt es auch mehr denn zu deutlich, wie ſehr die Geſetzgeber darauf wachten, daſs ein Bürger von ſeinen Gläubigern nicht ruinirt werden möchte.

Ich gehe nach dieſer Einleitung nun zur Entwickelung der Lehre von der *Ceſſio bonorum* über. Ich ſchlieſse mich dabey ganz an die Geſetze an, und ſtelle ſie ſo vor, als ſie ohne alle fremde Einmiſchung in den Ueberbleibſeln der Römiſchen Geſetzgebung vor uns liegt.

I. Die *Ceſſio bonorum* nutzte dem Schuldner nicht nur, um dem Perſonal-Arreſte zu entgehen, z) ſondern auch, um wieder frey zu werden, wenn er ſchon von dem Gläubiger war eingezogen worden. Sehr richtig ſagt daher *Domat* a) von dieſem Rechtsmittel: *La ceſſion des*

y) *L.* 2 und 4 *D. quod cum eo.*

z) *L.* 1 *C. qui bon. ced. poſſ.:* — In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodeſt, *ne iudicati detrahantur in carcerem.*

a) *Loco cit.*

biens est l'abandonnement que fait un debiteur de tous ses biens à ses créanciers, pour sortir de prison, ou pour l'eviter.

II. Dieses war jedoch nur der Hauptnutzen der *Cessio bonorum*. Nebenher diente sie auch dazu, daſs die Gläubiger nicht sofort wieder über jeden neuen Erwerb des Schuldners herfallen und sich denselben zueignen konnten. [b])

Ich sage: sofort; denn der Schuldner blieb, der Abtretung seines Vermögens ungeachtet, noch immer den Gläubigern verhaftet, [c]) welche von dem abgetretenen Vermögen das Ihrige nicht erhalten hatten, der verschuldete Bürger sollte nur erst wieder zu Kräften kommen, und das konnte er nicht, wenn die Gläubiger ihm jeden neuen Erwerb augenblicklich wieder entzogen und sich denselben zueigneten.

Erwarb überall der Schuldner in der Folge nicht mehr, als zu seinem nothdürftigen Unterhalte diente: so fand weiter gar kein Antrag der Gläubiger gegen ihn Statt; so musſten sie mit dem zufrieden seyn, was sie aus den abgetretenen Gütern für ihre Forderungen erhalten hatten.

Die *Cessio bonorum* begriff also gewisser Masſen ein *Beneficium competentiae* in sich, und ich werde in der Folge, wenn ich auf die Lehre von

b) *L.* 4 *D. de ceſſ. bonor.* — *L.* 6 *D. de ceſſ. bonor.*: Qui bonis suis cessit, si *modicum* aliquid post bona sua vendita acquisivit: iterum bona eius *non* veneunt. Unde ergo modum hunc aestimabimus? utrum ex quantitate eius quod adquisitum est, an vero *ex qualitate?* Et putem, *ex quantitate* id aestimandum esse eius, quod quaesiit: dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum, vel annuum, alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est *alimentis cottidianis*. Idem et si usufructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est. Das Gesetz ist fast wörtlich in der *Synopſ. Baſil.*, p. 72, wiederhohlt. Vergleiche übrigens *Pet. Greve Exerc. ad Pandect.*, 563; *Groenewegen Tr. de legib. abrog.*, 310; *ab Oosterga Diſput. ad Pandect.*, T. II, pag. 73; *Berger Reſol. Leg.*, 737; und *Cocceii Ius controv.*, II, 482. — Auch *Deſ. Herald. de rer. iud. auct.*, in *Ott. Theſ.*, II, 1288, berührt das Gesetz, hat es aber von Allen am schlechtesten erklärt. — *L.* 7 *in fin. C. qui bon. ced. poſſ.*

c) *L.* 7 *D. eod.*: Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur, rursum eiusdem debitoris bona distrahi, *donec suum consequantur*, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus creditor moveri potest. Vergleiche auch *L.* 1 *C. qui bon. ced. poſſ.*

der Competenz der Schuldner komme, zeigen, wie eigentlich der Zusammenhang zwischen beyden Rechtswohlthaten ist.

Darüber: ob der Schuldner so viel erworben hatte, dass er, unbeschadet seiner bürgerlichen Existenz, den bey der *Cessio bonorum* zu kurz gekommenen Gläubigern etwas abgeben konnte, erkannte der Prätor. — Ich kann nicht umhin, hier das Feine der Römischen Legislation zu berühren. — Wenn auch die Gesetzgeber beym ersten Anfalle auf das Vermögen des Schuldners den Gläubigern erlauben mussten, denselben ganz auszuziehen, so wussten sie doch auf eine versteckte Art den Schuldner für die Folge gegen die gänzliche Entblössung von seinen nothwendigen Bedürfnissen zu sichern, und ihm seine bürgerliche Subsistenz zu garantiren. Er hatte daher in der Folge nicht mehr nöthig, zu einer neuen *Cessio bonorum* seine Zuflucht zu nehmen, sondern er war gedeckt, wenn er nur das hingab, was er entbehren konnte.

Doch will ich damit nicht behaupten, dass ein Schuldner, der einmahl sein Vermögen abgetreten hatte, nie mehr zu einer zweyten Vermögensabtretung sich genöthigt gesehen hätte. — Nur gegen seine alten Gläubiger brauchte er nicht wieder zu diesem Extreme zu schreiten. Contrahirte er neue Schulden, so konnte er freylich seinen neuen Gläubigern nicht entgegen setzen, was die Gesetze ihm bloss in Absicht der alten nachsahen; er musste vielmehr geschehen lassen, dass ihn diese auf dem ordentlichen Wege behandelten, und wenn er sich nicht so behandelt sehen wollte, blieb ihm nichts als die *Cessio bonorum* übrig. Aber die alten Gläubiger blieben dabey immer durch das Gesetz gebunden.

Eine höchst interessante und, so viel ich weiss, noch von keinem Rechtsgelehrten erörterte Frage ist es: wie das Verhältniss der alten und neuen Gläubiger in einem solchen Falle beschaffen gewesen sey. — Die Frage ist noch für unsre Zeiten von grosser Wichtigkeit, weil, wie sich weiter unten zeigen wird, die *Cessio bonorum* noch allerdings im Gebrauche ist.

Es möchte scheinen, als wenn unter den Umständen, und wo doch einmahl die neuen Gläubiger das Vermögen des Schuldners unter sich hatten, die alten nur gerade hätten dazwischen kommen können, und weiter nicht die mit der *Cessio bonorum* verbundene Competenz habe in Betracht kommen

dürfen. Freylich war es ein ganz eigner Umſtand, wenn die alten Gläubiger ſo lange warteten, bis die neuen ſchon aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt waren, und kaum noch etwas zu ſeinem nothdürftigen Lebensunterhalte übrig blieb. — Aber dann, wenn einmahl abzuſehen war, daſs der Schuldner doch nichts behalten würde, wenn ſeine neuen Gläubiger mit aller geſetzlichen Strenge gegen ihn verfuhren, ſo konnte es doch wahrlich dem Schuldner ganz einerley ſeyn, ob ſich die neuen Gläubiger allein das Vermögen zueigneten, oder auch die alten, die für ſich ſelbſt daran nicht hätten kommen können, davon participirten. — Daſs die neuen Gläubiger eine bloſs für den Schuldner angeordnete Competenz gegen die alten Gläubiger nicht gebrauchen durften, und auch nicht gebrauchen konnten, erklärt ſich von ſelbſt.

Ich glaube, der Schuldner konnte es zwar nicht verhüten, daſs ſich die alten Gläubiger einmiſchten, wenn die neuen entweder ſein Vermögen abgetreten erhielten oder ſonſt in Beſchlag nahmen; aber er konnte bey der Vertheilung des Vermögens unter die Gläubiger durch Vorſchützung der Competenz gegen ſeine alten Gläubiger ſich wieder einen Theil ſeines Vermögens erhalten.

III. Kein Schuldner ward alſo durch die *Ceſſio bonorum* von der Verbindlichkeit gegen ſeinen Gläubiger frey. d) Er erlangte dadurch bloſs für jetzt Befreyung vom Perſonal-Arreſte und für die Zukunft die Competenz. — Erwarb er in der Folge ſo viel, daſs, unbeſchadet ſeiner bürgerlichen Exiſtenz, ſeine alten Gläubiger bezahlt werden konnten, ſo fand wieder gegen ihn das ordentliche Schuldverfahren Statt, und er hatte alsdann die Rechtswohlthat der Güterabtretung von neuem.

IV. In der Güterabtretung war die Ueberlaſſung des ſämmtlichen Vermögens des Schuldners und aller ſeiner Vermögensrechte enthalten. e) Eine Ausnahme fand bloſs auf den Fall Statt, wenn ihm ein ge-

d) *L. 1 C. qui bon. ced. poſſ.*: Qui bonis ceſſerint, niſi *ſolidum* creditor receperit, non ſunt liberati

e) Aber nur das gegenwärtige Vermögen des Schuldners. — Doch bemerkt *Domat*, *c. l.*, p. 294, III, ſehr richtig, daſs nach der Analogie der *Nov.* 135, C. 1, von welcher ich in der Folge noch umſtändlicher ſprechen werde, auch dahin dasjenige gehörte, worauf der Schuldner bereits ein

wiſſes jetzt zu ſeinem Vermögen gehöriges Recht bloſs für ſich allein oder zu einem gewiſſen Zwecke war überlaſſen worden. f)

Püttmann g) hat ſich bemüht, zu zeigen, welche Sachen und Rechte des Schuldners durch die *Ceſſio bonorum* nicht auf die Gläubiger übergehen. Seine unvollſtändige Abhandlung kann uns hier nur in ſo weit intereſſiren, als ſie nicht das heutige Recht betrifft, wovon in der Folge die Rede ſeyn wird.

Er rechnet hierher: 1. Die täglichen Kleider des Schuldners. Allein die Stelle beym Cicero, h) worauf er ſich beruft, beweiſ't gerade das Gegentheil, und die *L. 6 D. de pign.*, i) aus welcher er ſeine Behauptung ſogar geſetzlich vertheidigen will, iſt hier übel angebracht. Denn es iſt ein groſser Unterſchied zwiſchen einer freywilligen Pfandbeſtellung und einer nothwendigen Güterabtretung. Bey der erſtern kann man wohl annehmen, daſs, wenn der Schuldner ein allgemeines Pfandrecht jemanden beſtellt hat, er ihm an den zu ſeiner Nothdurft gehörigen Sachen ſolches nicht habe einräu-

feſt gegründetes oder wohlerworbenes Recht hatte, wenn es gleich noch nicht in ſeinem Beſitze und Eigenthume ſtand.

f) Arg. *L. 6 D. de ceſſ. bonor.*, Not. b cit. — Man kann hier überall den Grundſatz annehmen: So weit überall auch ohne die *Ceſſio bonorum* die Gläubiger an das Vermögen des Schuldners kommen konnten, ſo weit erſtreckte ſich auch die *Ceſſio bonorum.* Ich werde die Richtigkeit dieſes Satzes in der Folge noch umſtändlicher ausführen. Sie ergiebt ſich auch ſchon aus dem Begriffe der *Ceſſio bonorum* als einer freywilligen Eigenthumsüberlaſſung.

g) *Adverſ. Iur. univ.*, I, 13, pag. 207 ſeq.

h) *Pro Quinct.*, N. 49: Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae ampliſſimae fortunae, ſed etiam *victus*, *veſtitusque neceſſarius* ſub praecone cum dedecore *ſubiectus eſt*, is non modo ex numero virorum exturbatur, ſed ſi fieri poteſt, infra etiam mortuos amendatur.

i) „Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve ſit, ea non continebuntur, quae veriſimile eſt, quemquam ſpecialiter obligaturum non fuiſſe; utputa *ſuppellex; item veſtis* relinquenda eſt debitori. — Wenn man mit Püttmann das Geſetz analogiſch auf die *Ceſſio bonorum* anwenden will, ſo muſs der Schuldner noch mehr als die täglichen Kleider, nämlich auch das Hausgeräth, behalten. — Uebrigens muſs ich noch beyläufig bemerken, daſs in den Syſtemen und Lehrbüchern des Civil-Rechts die *L. 6 D. de pign.* immer als eine allgemeine Verfügung in Abſicht des *Pignoris generalis* angeführt wird, welches ſie doch nicht iſt. Ich habe ſie in meinem *Syſteme des heutigen Civil-Rechts*, 2. A., II, §. 1326, bloſs auf das Conventional-Pfandrecht bezogen, worauf ſie nur allein geht.

men, ſondern in Abſicht dieſer eine Ausnahme machen wollen. — Aber wenn ſchon der verſchuldete Zuſtand an und für ſich ſelbſt den Gläubigern ein Recht an dem ſämmtlichen Vermögen des Schuldners ertheilt, und wenn ſich der Schuldner, bloſs um der gerichtlichen Abſonderung des Eigenthümers von ſeinem Eigenthume und den damit verknüpften Unannehmlichkeiten zu entgehen, ſelbſt von ſeinem Eigenthume losſagt und ſein Vermögen ſeinen Gläubigern abtritt; ſo kann man hier nicht darauf Rückſicht nehmen, was er etwa hat abtreten wollen, ſondern was er abtreten ſollte und muſste.

Indeſs will ich damit nicht behaupten, als habe man bey den Römern nicht einmahl die tägliche Bekleidung den Schuldnern gelaſſen. Ich bin vielmehr in Abſicht deſſen, was geſchah, mit *Püttmann* einverſtanden. Aber geſchah es, ſo geſchah es bloſs nach der Billigkeit, nicht nach dem ſtrengen Rechte.

Püttmann rechnet ferner 2. zu den Sachen des Schuldners, welche durch die *Ceſſio bonorum* nicht auf die Gläubiger übergehen, die *Concubinam* und *Filios naturales* des Schuldners. In ſo fern er ſich bey dieſer Angabe auf die *L.* 8 *D. de pign.* beruft, hat er Unrecht, weil ihm hier eben das entgegen ſteht, was ich bey der vorigen Ausnahme geſagt habe, Recht hingegen, wenn er die Analogie der *L.* 38 *D. de reb. auct. iudic. poſſ.* dabey zum Grunde legt.

Daſs 3. in der *Ceſſio bonorum* nicht die Hoffnung eines zukünftigen Gewinnes begriffen iſt, ergiebt ſich aus der Natur der Sache. Indeſs kann man zur Unterſtützung dieſer Behauptung nicht, wie *Püttmann* thut, die *L.* 5 *C. quae res pignor. obl. poſſ.* anführen, welche, ſo wie alle übrige aus der Lehre vom Pfandrechte herbey gehohlte Geſetze, nicht auf die *Ceſſio bonorum* anwendbar iſt. Daraus allein läſst ſie ſich vertheidigen, daſs eine ſolche bloſse Hoffnung nicht zu den gegenwärtigen Vermögensrechten des Schuldners gehört.

Püttmann zählt ferner 4. zu den Sachen und Rechten, welche durch die *Ceſſio bonorum* nicht auf die Gläubiger übergehen, das *Peculium* der emancipirten Kinder des Schuldners, [k]) den *Uſumfructum dotis* und der

k) Arg. *L.* 3 *C. qui bon. ced. poſſ.*: Si pater tuus bonis ceſſit propter onera civilia, ipſius facultates oportet inquiri, non patrimonium, quod tibi emancipato quaeſitum

illatorum der Frau, [l]) den *Uſus*, welcher dem Schuldner in Anſehung einer Sache durch einen Vertrag oder ein Teſtament verwilligt worden iſt, [m]) und das Recht auf die *Operas libertorum.* [n]) — Die Statüen und Denkmähler, [o]) welche auf den Schuldner waren errichtet worden, konnten ohnehin nicht auf die Gläubiger übergehen, da ſie gar nicht zu dem Vermögen des Schuldners gehören.

Ich halte dafür, man ſetze, anſtatt die einzelnen Stücke, welche bey der *Ceſſio bonorum* auf die Gläubiger nicht übergehen, unvollſtändig aufzuzählen, eine allgemeine Regel feſt, worunter ſich alles ſubſumiren läſst. Sie würde ſich auf folgende Art am beſten faſſen laſſen: Alles, woran die Gläubiger auch ohne die *Ceſſio bonorum* nicht kommen können, und was nicht zu dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners gehört, kann auch nicht durch die *Ceſſio bonorum* auf die Gläubiger übergehen.

Dieſe Regel wird durch die Geſetze vollkommen beſtätigt. Allenthalben, wo die Geſetze von der Befugniſs der Gläubiger, welche ſie durch die *Ceſſio bonorum* in Abſicht des ſchuldneriſchen Vermögens erlangt haben, ſprechen, verweiſen ſie auf die allgemeinen Grundſätze von dem Rechte der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners bey einem vorhandenen Schuldenweſen; und daſs nur das gegenwärtige Vermögen des Schuldners in die *Ceſſio bonorum* begriffen iſt, lehrt, von den Geſetzen abgeſehen, ſchon der bloſse Begriff dieſer Rechtswohlthat.

Wenn ich daher wegen der Frage: welche Sachen und Rechte des Schuldners durch die *Ceſſio bonorum* überall auf die Gläubiger übergehen; auf die weiter unten folgende Abhandlung: wie weit ſich überall das Recht der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners erſtreckt; verweiſe: ſo kommt

dicis, inquietari. Vergleiche auch *L.* 3, §. 4, *D. de minorib.* — Ich werde weiter unten zeigen, daſs das Geſetz nach den Grundſätzen des neuern Römiſchen Rechts viel mehr in ſich faſst, als hier nach den ältern Grundſätzen darin enthalten iſt.

l) Arg. *L.* 73, §. 1, *D. de iur. dot.* *L.* 29 und 30 *C. de iur. dot.* *Nov.* 97, *C.* 6.

m) §. 1 und 2 *I. de uſu et habit.*

n) Die hier von Püttmann angeführten Geſetze, *L.* 5, §. 18 und 19, *D. de agn. et al. lib.*, und *L.* 6, und 9, §. 1, *D. de oper. lib.*, beweiſen eigentlich nichts. Jedoch wird ſich in der Folge zeigen, daſs die Angabe an ſich richtig iſt.

o) Arg. *L.* 29 *D. de reb. auct. iud. poſſ.*

es hier nur noch darauf an, zu bestimmen: welche Sachen und Rechte zu dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners gehören.

Von den Sachen des Schuldners gehören hierher die, welche zur Zeit der Güterabtretung in seinem wahren oder putativen Eigenthume standen, ingleichen, welche ihm schon so anheim gefallen waren, dass die Erwerbung nur noch bloss von seiner Bewilligung abhing; von den Rechten hingegen die, welche er schon unwiderruflich erworben und sich zugeeignet hatte, oder die ihm auch so anheim gefallen waren, dass die völlige Erwerbung nur noch von seiner Erklärung abhing.

Alle Sachen, worauf der Schuldner ein reines oder bedingtes Recht hatte, waren daher in der *Cessio bonorum* begriffen.

Desgleichen alle ihm schon anheim gefallene Erbschaften und andere durch einen letzten Willen überlassene Begünstigungen, nicht aber die, zu welchen er erst Hoffnung hatte. p)

Folglich auch nicht zu erwartende Belohnungen und Geschenke, wohl aber, im Geiste des neuern Römischen Rechts, Geschenke, die ihm eben waren angeboten worden, und wobey es nur von ihm abhing, sich über die Annahme zu erklären.

Was dem Schuldner nach der *Cessio bonorum* anheim fiel, oder von ihm erworben wurde, auch noch ehe sein Vermögen veräussert war, gehörte nicht mehr zu den abgetretenen Gütern.

V. Durch die *Cessio bonorum* wurden die Gläubiger nicht Eigenthümer des abgetretenen Vermögens, auch nicht *Successores universales* des Schuldners. q) (Sie waren ehedem auch, wie die *Cessio bonorum* noch nicht ein-

p) Arg. *L.* 6 *D. de cess. bonor.*

q) *L.* 6 *C. qui bon. ced. poss.:* — — non tamen creditoribus — — haec bona — — iure dominii retinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur indemnitati suae consulere permissum est. Cum itaque contra iuris rationem res iure dominii teneas eius, qui bonis cessit, te creditorem dicens, longi temporis praescriptione petitorem submoveri non posse, manifestum est. Quod si non bonis eum cessisse, sed res suas in solutum tibi dedisse monstretur, Praeses provinciae poterit de proprietate tibi accommodare notionem.

Ich finde bey diesem Gesetze noch Folgendes zu bemerken nöthig. — Es folgt aus der Natur der Sache, dass die *Cessio bonorum* eine wirkliche Gebung an Zahlungsstatt ist, wenn man dieses Wort in der weitesten Bedeutung nimmt. Aber sie wird in

geführt war, bey der *Proscriptio bonorum* weder das Eine noch das Andere geworden, (Kap. 4, S. 94;) und hätten sie es durch die *Cessio bonorum* werden sollen, so würde diese zum Vortheile der Schuldner eingeführte Rechtswohlthat denselben mehr lästig als nützlich geworden seyn. — Sie erlangten durch die *Cessio bonorum* weiter nichts als die Befugniss, über das abgetretene Vermögen zu ihrem Besten zu verfügen, solches zu veräussern, oder auf eine andere Art sich daraus ihre Befriedigung zu verschaffen.) — Der Schuldner bleibt Eigenthümer des abgetretenen Vermögens bis zur wirklichen Veräusserung desselben, und kann dasselbe, so lange es noch in den Händen der Gläubiger ist, ganz oder zum Theil durch Bezahlung der Schuld, oder dadurch, dass ihn ein anderer mit Bewilligung der Gläubiger vertritt, wieder zurück erhalten. [r])

VI. Die *Cessio bonorum* war anfänglich mit Formalitäten verknüpft, und konnte nur *in iure* geschehen. Dem Kenner der Römischen Geschichte und Gesetzgebung kann dies um so weniger auffallen, als hier der Schuldner sein gesammtes Vermögen auf seine Gläubiger übertrug, und schon bey den vorzüglichsten im Eigenthume stehenden Sachen und Rechten die feyerliche Abtretung, (*Cessio in iure,*) erforderlich war. [s]) Dazu durfte zu der *Cessio bonorum* nicht anders geschritten werden, als wenn die Schuldsache schon völlig untersucht und abgeurtheilt war, wenn der Schuldner zum Personal-Arreste gebracht werden sollte, oder bereits dazu gebracht war, übrigens aber man denselben noch nicht unter öffentlicher Autorität von seinem Vermögen zum Besten der Gläubiger abgesondert hatte.

den Gesetzen von der eigentlichen Gebung an Zahlungsstatt dadurch unterschieden, dass diese nur ausser dem Falle des förmlichen Schuldenwesens, die *Cessio bonorum* aber bey demselben allein vorkommt.

Der Irrthum einiger Juristen, (von welchem ich weiter unten bey der heutigen Concurs-Lehre sprechen werde,) als wären die Gläubiger bey den Römern durch die *Cessio bonorum Successores universales* des Schuldners geworden, rührt lediglich daher, weil sie den *Emtor bonorum*, der nach dem ältern Rechte, wie ich oben gezeigt habe, allerdings *Successor universalis* des Schuldners wurde, mit den Gläubigern selbst verwechseln.

r) *L.* 3 und 5 *D. de cessione bonor.*

s) Siehe *Godofred.* in *Not. ad Cod. Theodos.*, Tit. *de cess. bonor.*

Beydes wurde in der Folge abgeändert. Nach dem neuern Römischen Rechte ist jede simple Erklärung des Schuldners, seinen Gläubigern das Vermögen abtreten zu wollen, zur *Cessio bonorum* hinlänglich, sie möge gerichtlich oder aussergerichtlich, schriftlich oder mündlich, durch den Schuldner selbst oder durch einen andern geschehen. [t]) Der Schuldner braucht auch nicht erst die Untersuchung und Aburtheilung der Schuldsache abzuwarten, er kann schon vorher sein Vermögen den Gläubigern abtreten. [u])

t) *L.* 6 *C. qui bon. ced. poss.*: In omni cessione, [bonorum,] ex qualibet causa facienda scrupulositate priorum legum explosa, professio sola quaerenda est. §. 1: *Idem dicit*, in omni cessione sufficit *voluntatis sola professio*. — *L.* 9 *D. de cess. bonor.*: Bonis cedi non tantum *in iure*, sed etiam *extra ius* potest. Et sufficit, et per *nuncium* vel per *epistolam* id declarari. — Vergleiche über das letztere Gesetz: *Cypr. Reg. ab Oosterga Disput. iur. ad Pandect.*, II, 73. *Ph. Bugnyon leg. abrogatar.* I, 104 *Sim. a Groenewegen de leg. abrogat.*, 310. Ich muss hierbey noch bemerken, dass mir die Worte: *in iure*, und: *extra ius*, in der *L.* 9 *D. de cess. bonor.*, nicht so wohl auf die feyerliche *Cessio in iure* und der dieser entgegen gesetzten simpeln Cession, als vielmehr auf die gerichtliche und aussergerichtliche Cession überall zu gehen scheinen, wodurch aber die obige Behauptung, als habe die Güterabtretung ehedem nur auf eine feyerliche Art geschehen dürfen, im mindesten nicht entkräftet wird.

u) *L.* 8 *D. de cess. bonor.*: Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in ius confiteatur, audiri [non,] debet. — *Des. Herald de rer. iudic. auct.*, in *Ev. Ott. Thes. I. R.*, II, 1288, räsonnirt über dieses Gesetz auf eine Art, der ich meinen Beyfall durchaus nicht geben kann, ob ihm gleich mehrere Rechtslehrer gefolgt sind. Er sagt: „Particula *negativa* in Codice Florentino est notis inclusa, unde significatur, dubiam esse lectionem, et quibusdam codicibus particulam illam abesse. Et sane eam expungendam existimo, ut contraria sententia efficiatur. Quaeritur, an qui neque condemnatus est neque in iure confessus est, bonis cedere possit. Ratio dubitandi, quia qui neque condemnatus est neque est in iure confessus, in carcerem ob aes alienum coniici non potest. Sed quid obstat quo minus ante condemnationem aut confessionem in iure cedere, quis bonis possit, etsi non possit prius in carcerem detrudi? Quare *negationem eiiciendam existimo*. Quod autem ibi scriptum est, *debitum agnoscat*, est e glossemate, cum quis ista, *aut vel in ius confiteatur*, sit interpretatus: *debitum agnoscat*; inepte! nam quomodo fingi potest bonis aliquem cedere nisi debitum propter quod cedit bonis agnoscat.“ — Nicht nur die Partikel: *non*, steht ganz richtig in dem Fragmente, sondern es ist auch das Glossem nicht darin enthalten, das *Herald* darin anzutreffen glaubt. — Ohne eine gerichtliche Verurtheilung oder eine Anerkennung der Schuld, es möge solche gerichtlich oder aussergerichtlich geschehen, lässt sich die *Cessio bonorum* ja gar nicht den-

VII. Die *Cessio bonorum* suspendirt die Eigenthumsrechte des Schuldners über das abgetretene Vermögen, und hebt sie in dem Augenblicke ganz auf, da dasselbe zum Besten der Gläubiger veräusert wird. — Der Schuldner verliert daher von der Zeit an, da er sich zur Vermögensabtretung bereit erklärt hat, alle Dispositionen über sein gegenwärtiges Vermögen. v)

VIII. Die *Cessio bonorum* ist als ein allgemeines Rechtsmittel jedem Schuldner erlaubt, er möge ein öffentlicher oder Privat-Schuldner, ein *Pater* oder *Filius familias* seyn, wenn er nur ein selbstständiges und von andern unabhängiges Vermögen besitzt. w) — Aber wer sein Vermögen mit rechtlicher Wirkung seinen Gläubigern abtreten will, muss seinen Vermögensverfall nicht böslicher Weise veranlasst haben. x)

IX. Die Gläubiger können über das abgetretene Vermögen des Schuldners nicht nach ihrem Belieben schalten und walten, sondern sie dürfen dasselbe nur unter obrigkeitlicher Auctorität in Besitz nehmen, es unter sich theilen, oder sonst darüber zu ihrer Befriedigung verfügen. y)

ken. — Eine Formirung des Concurses *ex officio*, wie sie heutiges Tages vorkommt, war den Römern nicht bekannt, mithin musste auch die äussere Form der *Cessio bonorum* anders beschaffen seyn, als sie es bey uns ist, wie ich weiter unten zeigen werde. Die *L. 9 D. de cess. bonor.* und *L. 6 C. qui bon. ced. poss.* lassen sich auch leicht damit verbinden, wenn wir annehmen, dass der Schuldner aussergerichtlich auf die Bezahlung der Schuld gedrängt war, solche anerkannt hatte und nun sich zur *Cessio bonorum* offerirte. — Und über dies spricht ja das Gesetz nur von einer allgemeinen Anerkennung der Schuld. Vergleiche übrigens noch *Hoffmann Melet. ad Pand.*, Diss. 29; *ab Oosterga Diss. ad Pand.*, II, 73.

v) Diese Lehrsätze folgen aus Nr. V und den dabei angeführten Gesetzen.

w) *L. 7 C. qui bon. ced. poss.*: Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus acquiri *vetitae* sunt, nec non peculium vel *castrense* vel quod *patre volente* possident; quare cessio bonorum eis deneganda sit. — — —

x) Dieser Satz folgt aus der Natur der *Cessio bonorum*, als einer Rechtswohlthat. — Man sehe auch die weiter unten folgende Ausführung.

y) *L. 4 C. qui bon. ced. poss.*: — — — Non tamen creditoribus *sua auctoritate* dividere haec bona, — — sed venditionis remedio, *quatenus substantia* patitur, indemnitati suae consulere permissum est. — Die Worte: *quatenus substantia*, gehen, wie ich dafür halte, auf die Vermögensrechte des Schuldners, zu deren Genusse wohl die Gläubiger kommen, sie aber nicht auf einen andern

Wie weit die richterliche Einmischung hier ging, werde ich weiter unten zeigen, wenn ich von dem Schuldverfahren bey den Römern in neuern Zeiten spreche. Hier bemerke ich bloss, dass die *Cessio bonorum* die richterliche Absonderung des Eigenthümers von seinem Eigenthume, die nach dem alten Rechte nöthig war und die *Bonorum Possessio* entbehrlich machte.

X. Die *Cessio bonorum* äussert übrigens ihre Wirkung in Ansehung aller gegenwärtigen Gläubiger des Schuldners, selbst derjenigen, welchen die Abtretung nicht geschehen ist. z)

Dieser Lehrsatz ist nicht so wohl eine natürliche Folge der *Cessio bonorum* als Handlung, sondern vielmehr ein Annexum derselben als Privilegium, denn sonst würden nur denjenigen Gläubigern, welchen die *Cessio* geschehen, die Hände gebunden seyn, die übrigen aber würden der Cession ungeachtet ganz frey gegen den Schuldner handeln können.

Es ist also mit diesem Privilegio nothwendig verknüpft, dass jeder Gläubiger, der damahls, wie die Güter abgetreten wurden, schon vorhanden war, an das Gesetz gebunden ist, wenn ihm auch nicht besonders die Abtretung geschah. a) — Und ob es gleich ihm frey stehen muss, ob er sich auf die abgetretenen Güter einlassen, oder erst bessere Umstände des Schuldners abwarten will, so findet doch im letztern Falle die oben vorgetragene Theorie von den alten Gläubigern auf ihn Anwendung.

Nur muss ich hierbey noch bemerken, dass diejenigen Gläubiger, welche eine bedingte Forderung haben, so wohl als die, deren Forderungen überall noch nicht fällig sind, auch nicht an der *Cessio bonorum* Theil nehmen dürfen, wenn nicht die Bedingung nahe ist und die Forderung bald fällig werden sollte. Sie können daher auch in der Folge, wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, nicht nach den Grundsätzen der alten Gläubiger beurtheilt werden.

der Substanz nach übertragen konnten, z. B. auf den *Usus fructus*, das Recht zu Alimenten, u. s. f.

z) *L.* 4, §. 1 *D. de cess. bonor.*: Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem *ab aliis quibus debet posse inquietari.*

a) *Domat Loix civil.*, IV, 5, 2, §. 8.

XI. Dazu, daſs die *Ceſſio bonorum* volle Kraft und Wirkung habe, wird nach dem neuern Rechte die Annahme von Seiten der Gläubiger nicht als nothwendig erfordert, ſondern die Erklärung des Schuldners, daſs er ſeine Güter abtreten wolle, iſt ſchon allein dazu hinlänglich. — Das Verhältniſs der Gläubiger und des Schuldners zu einander wird auch nicht nach der Theorie von Verträgen, ſondern nach den über die *Ceſſio bonorum* beſonders vorhandenen Geſetzen beurtheilt.

Nach dieſen kann der Schuldner die *Ceſſio bonorum* auch nicht bedingter Weiſe unternehmen, noch ſich etwas von ſeinem Vermögen dabey vorbehalten, ſondern er muſs unbedingt ſein ganzes Vermögen, ſo weit die Gläubiger daran überall ein Recht haben, an ſie abtreten. b)

XII. Die *Ceſſio bonorum* war für den Schuldner nicht mehr und nicht weniger entehrend, als es die alte *Proſcriptio bonorum*, und das neue Verfahren in Schuldſachen, von welchem ich hernach reden werde, waren. Die geſetzliche Darſtellung dieſer Rechtswohlthat als eines *Beneficii flebilis* hat lediglich auf die üble Lage des Schuldners Beziehung, in welche er durch den Gebrauch derſelben gerieth. c)

b) Alle dieſe Sätze bedürfen keines Beweiſes, ſondern ſind Folgen der vorſtehenden geſetzlichen Verfügungen. Ob zur *Ceſſio bonorum* nach dem ältern Rechte die Annahme der Gläubiger nöthig geweſen ſey oder nicht, — dieſe Frage läſst ſich am beſten ſo entſcheiden, wenn man zwiſchen dem Förmlichen und dem Materiellen diſtinguirt. Da die *Ceſſio bonorum* ehedem auf eine feyerliche Art und nach den Grundſätzen der *Ceſſio in iure* behandelt wurde, ſo war auch eine Annahme des abgetretenen Vermögens von Seiten der Gläubiger dazu nothwendig, übrigens aber konnten ſich dieſe, da die *Ceſſio bonorum* dem Schuldner als Rechtswohlthat zuſtand, der Annahme nicht entziehen

c) Ob, nach der *Nov.* 135, die *Ceſſio bonorum* entehrend ſey oder nicht, wird ſich aus der unten folgenden Erklärung derſelben zeigen. — Die andern Geſetze enthalten darüber nichts. Daſs *Conr. Rittershus*, in *Comm. ad Inſtit.*, *ad* §. 1 *I. qui et ex quib. cauſ. manum.*, die *Ceſſio bonorum* für entehrend hält, rührt lediglich daher, weil er in dem §. 1 *I. qui et a quib. cauſ. manum.* mehr ſucht, als darin enthalten iſt, und die *Nov.* 135 ganz unrecht verſteht. Man vergleiche übrigens *C. W. Strecker* D. *de ceſſione bonorum famam non ſugillante*, Erf. 1729. — So wie *Püttmann* in der D. *de ceſſione bonorum contumelioſa*, Lipſ. 1784, die Sache erklärt, hat er allerdings Recht; aber ſo war die alte *Proſcriptio bonorum*, wie ich oben gezeigt habe, dem Schuldner ebenfalls nachtheilig, und ſo muſste ihm auch das neue Verfahren in Schuldſachen, von welchem ich hernach ſprechen werde, nicht minder nachtheilig ſeyn, und folglich auch

Die vorstehende Darstellung der *Cessio bonorum* zeigt hinlänglich, dass solche lediglich zum Besten des Schuldners eingeführt war, und dass es daher diesem bloss anheim gestellt blieb, ob er dazu seine Zuflucht nehmen wollte oder nicht. Die Frage: ob er darauf habe Verzicht leisten können, beantwortet sich aus der Natur der *Cessio bonorum*, als einer bloss zum Besten der Schuldner eingeführten Rechtswohlthat, von selbst. [d]) Wollte man solche als ein *Beneficium* ansehen, das zugleich mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl des Staats eingeführt worden, und das daher von der Disposition des Schuldners unabhängig sey, so hätte es dem Schuldner auch nicht frey stehen können, mit Hintansetzung der *Cessio bonorum* das Schuldverfahren den ordentlichen Weg gehen zu lassen.

Verschieden von der eigentlichen *Cessio bonorum* war übrigens der Fall, wo die Gläubiger den Schuldner auf die Abtretung seiner Habseligkeiten drängten, und im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens von ihm die genaue Angabe derselben verlangten. Es war dies keine umgekehrte und erzwungene *Cessio bonorum*, sondern vielmehr eine aus der Natur des Schuldenwesens fliessende Befugniss der Gläubiger, artete aber bald in dieselbe aus; und die Strenge, womit solche betrieben wurde, veranlasste den *Justinian* zur Wiederherstellung des *Beneficii eiurationis*, wiewohl nach andern Grundsätzen und unter andern Modificationen, als es *Sulla* eingeführt hatte.

Die Novelle 135 enthält diese Anordnung des *Justinian*. Das Gesetz ist in einem dunkeln und verworrenen Stil abgefasst, welches dazu Veranlassung gegeben hat, dass die Rechtslehrer dasselbe fast durchgehends von etwas anderm verstanden haben, als wovon es wirklich redet. Selbst der scharfsinnige *Domat* [e]) glaubt, dass darin von einem Eide die Rede sey, den der Schuldner

die *Cessio bonorum*: denn einem Menschen, mit dem es zu dem Extreme gekommen ist, dass Alles, was er besitzt, den Gläubigern hat Preis gegeben werden müssen, trauet man nicht mehr, er mag zu der *Cessio bonorum* seine Zuflucht genommen haben, oder auf dem ordentlichen Wege des Schuldverfahrens seinen Gläubigern gerecht geworden seyn.

d) Die Frage ist sehr weitläuftig von *I. F. Olearius* in D. *de renunciat. cess. bonor. a debitore facta*, Lips. 1703, untersucht worden. — Es versteht sich übrigens eben so gut von selbst, dass nur derjenige Gläubiger, gegen welchen die Verzichtleistung geschehen ist, die Ausflucht der Renunciation dem Schuldner entgegen setzen kann, nicht aber die übrigen, die daraus keinen Vortheil für sich entnehmen können.

e) *L. c.*

bey der *Cessio bonorum* darüber ablegen musste, dass er nichts von seinem Vermögen untergeschlagen habe. Ich will zwar nicht läugnen, dass ein solcher Eid den Römern bekannt gewesen, ob sich gleich in den Gesetzen nichts davon findet, aber die Novelle 135 spricht nicht davon, sondern setzt vielmehr den Fall voraus, wo keine Güterabtretung geschehen war, weil der Schuldner entweder nichts abtreten konnte oder doch nicht wollte.

Da das Gesetz über das spätere Verfahren in Schuldsachen bey den Römern sehr viel Licht verbreitet, und die Rechtslehrer, so viel ich weiss, den Inhalt desselben noch nicht gehörig untersucht haben, so will ich hier eine Erklärung desselben versuchen. Ich muss zu diesem Ende den Griechischen Grundtext selbst abdrucken lassen, weil es jetzt, wo ich bloss vom Römischen Rechte handle, nicht darauf ankommt, was in den Gerichten recipirt ist, sondern was *Justinian* wirklich gesagt hat. — Zur Vergleichung will ich so wohl die gemeine Uebersetzung als die bessere von *Hombergk* hinzu fügen.

Ὅσα τὸ θεῖον ἐξευμενίζεσθαι ὑφ᾽ ἡμῶν προτρέπεται, ταῦτα ἐπὶ τοῖς ὑπηκόοις αὐξάνεσθαι τε καὶ διαλάμπειν ἀγωνιζόμεθα. Ζωσάριός τις ἐκ τῆς Μυσῶν ἐπαρχίας καθηστώς, σὺν δάκρυσι δεηθεὶς ἡμῶν, ἐδίδαξεν ὡς ἐπὶ χρήμασι δημοσίοις τὲ καὶ ἰδιωτικοῖς μεθοδείαν ὑπομένων ὑπὸ τοῦ τῆς χώρας λαμπροτάτου ἄρχοντος, ἐπὶ ὕβρει καὶ μόνῃ· οὐ γὰρ ἐπὶ τῶν χρημάτων πέπονθε περσεκουτίωνος ἐπιδίδοσθαι λιβέλλους τῶν οἰκείων πρα-

VERS. VULG.

Quibus maxime rebus divinum a nobis numen placari perhibetur, ea sane inter subditos iugiter incrementum accipere, atque elucescere contendimus. Zosarius quispiam ex Mysis oriundus, cum lacrymis, porrectis precibus, nos edocuit, quod cum pecuniarum publicarum pariter et privatarum nomine conveniretur a clarissimo provinciae praeside per contumeliam, et quidem solam. Neque enim credi-

VERS. HOMBERGK.

Quae nos ad Deum placandum invitant, ut illa inter subditos crescant et splendeant, operam damus. Zosarius quidam ex provincia Mysarum oriundus, lacrymans nobis supplicavit et docuit, se ob publicas et privatas pecunias a clarissimo provinciae Praeside per solam contumeliam conventum esse. Neque enim passus est de pecuniis li-

γμάτων αὐτοῦ· ὅπερ ἀδικώτατον, καὶ τῶν ἐν κεφαλαίοις λυπηρῶν καθέστηκε. ποῦ γὰρ δίκαιον, τὸν ἅπαξ ἐκ τοῦ συμβεβηκότος καὶ οὐ ῥαθυμίᾳ παραδιδομένη ἐκτὸς τῶν αὐτοῦ γεγονότα, αὖθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτῷ περιτιθέναι, καὶ τῆς ἐφημέρου τροφῆς, ὡς εἰκὸς, τῆς τε τοῦ σώματος σκέπης ἔξω βιαίως καταστῆναι;

ΚΕΦ. α΄.

Ταῦτα μαθόντες, καὶ τῷ κρείττονι τὸ χεῖρον διορθώσασθαι, πρὸς θεράπευμα τοῦ τε ἀγαθοῦ τῶν ἁπάντων θεοῦ, καὶ τοῦ μή τι θλιβερὸν παρ᾽ ἡμῶν πολιτεύεσθαι προθυμηθέντες, θεσπίζομεν, μηδενὶ ἐξεῖναι τῶν ἐνδοξοτάτων ἢ μεγαλοπρεπεστάτων ἀρχόντων, ἐκστασίου πράγματος χάριν ἀνάγκην ἐπαγαγεῖν τινὶ τῶν τὰς εὐθύνας ἐπὶ ταῖς εἰρημέναις

dit de iis pecuniis propriarum rerum suarum persecutionis libellos oblatum iri, id quod iniustissimum habetur, et inter ea capitula, quae cum primis adferunt molestiam. Ubi enim locorum iustum est, ut is, qui in universum ex accidenti, non supina negligentia res suas amisisse traditus esset, denuo per vim ad ignominiosam vitam transponatur, et ad quotidiani victus, neque non, (ut licet coniicere,) amictus corporis inopiam adigatur?

Cap. I.

De his edocti, alacriterque cupientes id, quod deterius est, per melius corrigere, quo magis ea re omnium optimus Deus concilietur, neque calamitosi aliquid nostris geratur, inque usu habeatur temporibus: sancimus ut nemini gloriosissimorum aut magnificentissimorum magistratuum liceat rei caussa cessionis bonorum necessitatem alicui

bellos persecutionis rerum suarum dare: id quod iniustissimum et summe molestum est. Ubi enim iustum est, eum, qui casu plane nec supina negligentia res suas amisit, denuo indecentem vitam amplecti, et victu quotidiano forte, atque corporis amictu per violentiam privari?

Cap. I.

Haec cognoscentes et deterius, per id quod melius est, ad cultum optimi Dei, et ne calamitosi quid a nobis fiat, emendare cupientes, sancimus, ut nulli gloriosissimorum aut magnificentissimorum Praesidum ad cessionem bonorum quendam ex illis, qui dictis ca-

χρείαις ἐπὶ χρήμασι τυχὸν δημοσίοις ἢ ἰδιωτικοῖς ὑπομενόντων, ἢ τοιουτοτρόποις αἰκισμῶν κεχρῆσθαι προφάσεσιν. ὡς ἂν αὐτοὺς τῆς τοῦ σώματος φειδομένους τιμωρίας, αἱρεῖσθαι μᾶλλον τὴν τῶν ἰδίων στέρησιν δέχεσθαι, καὶ μὴ σὺν τῷ τῆς ἀπορίας ζυγῷ, καὶ τῷ τῆς ἀσχημοσύνης πιέζεσθαι μέχρι θανάτου ὀνειδισμῷ. ὅρκον δὲ πρὸς τῶν προσκυνητῶν παρέχειν λογίων ὡς οὔτις αὐτῷ πρόφασις πραγμάτων χαρίν ὑπολέλειπται, ἢ χρυσίον ὅθεν τὴν τοῦ χρέους ποιήσεται πλήρωσιν. Εἰ δὲ δίκαια αὐτῷ τινὰ ὁ νόμος ἢ ἀποκληρονομίας ἢ δωρεᾶς συγγενῶν δίδωσι, κινητῶν ἢ ἀκινήτων πραγμάτων, καὶ τούτων ἔτι ἐντὸς μὴ κατέστη, ἁρμόζειν δὲ αὐτῷ φαίνεται καὶ δυνατὸν μέρος ἐξ αὐτῶν ἢ καὶ τὸ ὅλον τοῖς ὀφειλομένοις συνάξαι, [δίχα μέντοι τῶν τῆς γαμετῆς πραγμάτων τῇ ἀληθείᾳ, εἴπερ διαφέρει αὐτῇ] τοῦτο γίνεσθαι, καὶ ἄδειαν εἶναι τοῖς ὀφειλομένοις οἰκειοῦσθαι τὰς τοιαύτας ἀγωγάς,

eorum inferre, qui de praedictis caufis propter pecunias publicas forte, aut etiam privatas iudicium fustinent, aut huiusmodi contumeliis uti, ac praetextibus, perinde quafi dum corporis fupplicium ipfi remittitur, maluerit rerum fuarum amiffionem capeffere potius, quam cum inopiae iugo itidem ad mortem usque premi opprobrio ignominiae. Iusiurandum tamen per adoranda praebeat eloquia, quod nullam rerum caufa occafionem, aut aurum reliquum habeat, unde aeris alieni fupplementum faciat. Praeterea, fi qua ipfi iura lex, vel ex hereditate, vel cognatorum donatione in rebus mobilibus praeftet, in quarum poffeffione nondum conftitutus fit, competere tamen ipfi videantur, poffintque creditores vel partem ex iis, vel etiam totum colligere, extra tamen res uxoris, fi quidem revera ad illam pertineant, hoc

fibus ob pecunias forte publicas vel privatas conveniuntur, cogere, aut eiusmodi praetextibus ad plagas uti liceat: cum illi ad poenam corporis evitandam rebus fuis potius privari, quam cum inopiae iugo et contumeliae opprobrio ad mortem usque premi malint. Iusiurandum autem per adoranda eloquia praeftetur, nullas fibi facultates, neque aurum, ex quibus debito fatisfaciat, reliqua effe. Si quae vero iura, five hereditatis, five donationis cognatorum, in mobilibus aut immobilibus rebus lex illi tribuat, et in illarum poffeffione nondum conftitutus fit, quae tamen illi competere videantur, poffintque creditores vel partem ex illis, vel etiam totum colligere, (exceptis tamen rebus uxoris fi revera ad illam

καὶ εἰς πρόσωπον τοῦ ποτὲ τῶν δικαίων κυρίου τὰς ἐναγωγὰς ποιεῖσθαι, εἴτε πάρεστιν ὁ ὀφειλέτης, εἴτε και μὴ, καὶ εἰς πρόσωπον αὐτοῦ, ἁπλῶς εἰπεῖν, τοῦ ὑπευθύνου, ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ἐναγωγῇ ἢ ἐκδικήσει τῶν πραγμάτων καθεστάναι.

Η σὴ τοιγαροῦν ἐπιμελὴς καὶ φιλάρετος μεγαλοπρέπεια τὰ οὕτως ἡμῖν εὐσεβῶς παραστάντα παραφυλαξάτω· δέκα χρυσίου λιτρῶν ἐπιτίμιον τοῖς παραβαίνειν τὶ τῶν ἐπὶ τούτοις παρ' ἡμῶν θεσπισθέντων ὁρίζουσα. οὐδὲ γὰρ κινδύνου χωρὶς, ἀλλὰ καὶ περὶ τὴν σωτηρίαν οὗτος ἐπαχθήσεται τοῖς ἕως ἐνθυμήσεως ψιλῆς παρασαλεύειν τὰ δικαίως παρ' ἡμῶν διὰ τοῦδε τοῦ θείου νόμου τετυπωμένα ἐπιχειροῦσι. Dat. Kal. Iun. Constantinop. Bilis. V. C. Cons.

ſiat, creditoribusque huiusmodi actionum vindicandi, et in perſonam eius, qui aliquando iurium futurus ſit dominus, actiones inſtituendi, ſive praeſens debitor eſt, ſive non, et (ut ſimpliciter dicamus) quo ad actionem et vindicationem rerum, conſiſtendi in perſona eius, qui ita fuerit obnoxius, licentia ſit.

Diligens itaque et virtutis amans Magnificentia tua, ea, quae tam pie nobis placuerunt, obſervato: decem librarum auri multam ei, qui ex iis aliquid, quae de his a nobis ſancita ſunt, transgredi praeſumpſerit, irrogans. Neque enim absque periculo erit, ſed et vitae periculum inferetur iis, qui vel ſola cogitatione tenus ea, quae iuſte a nobis per hanc ſacram exprimuntur legem, transilire attentaverint. Dat. Kal. Iun. Conſtantinop. Belis. V. C. Cons.

pertineant,) ſiat id, atque eiusmodi creditoribus actiones ſibi vindicare, et contra perſonam eius, qui aliquando iurium illorum dominus futurus eſt, actiones, ſive debitor adſit, ſive non, inſtituere, et, ut breviter dicamus, in perſona rei tali actione, vel rerum vindicatione ſubſiſtere liceat.

Diligens igitur et virtutis amans Magnificentia tua, quae nobis ita pie placuerunt, obſervet, illisque decem auri librarum multam imponat, qui aliquid ex iis, quae a nobis de his ſancita ſunt, transgredi volunt. Neque enim ſine periculo erunt, ſed et vitae periculum illis inferetur, qui vel nuda cogitatione ea quae iuſte a nobis ſacra hac lege diſpoſita ſunt, violare auſi fuerint. Dat. Kal. Iun. Conſtantinop. Beliſar. V. C. Conſ.

Die Novelle hat zwar nicht die gewöhnliche Ueberſchrift und Unterſchrift anderer Novellen, iſt aber darum doch keinesweges verdächtig. *Hombergk* hat bemerkt, daſs der darin herrſchende Styl von dem der andern Novellen ganz verſchieden ſey; welches ich nicht finden kann. Eine Verſchiedenheit iſt allerdings vorhanden, aber ſie liegt wohl mehr in der Sache ſelbſt als in dem Style des Concipienten. *Herald* f) hat richtig beobachtet, daſs der alte Ueberſetzer der Novellen weder den Sinn dieſer kaiſerlichen Conſtitution, noch die darin gedachte Beſchwerde des *Zoſarius* gehörig aufgefaſst und ausgedruckt habe. Allein auch *Hombergk* iſt hier bey ſeiner Ueberſetzung nicht viel glücklicher geweſen, als jener *Semibarbarus*, wenigſtens hat er den Sinn des *Juſtinian* eben ſo wenig richtig aufgefaſst.

Zur Erklärung des Geſetzes ſind folgende Prämiſſen nöthig. — Die *Ceſſio bonorum* wurde, wie dies der allgemeine Lauf der Dinge iſt, bald nach ihrer Einführung von den Schuldnern dazu gemiſsbraucht, nicht nur das baare Geld auf die Seite zu ſchaffen, ſondern auch vieles von ihren Sachen den Gläubigern zu entziehen. Wenn nämlich ein Schuldner einſah, daſs es mit ihm dahin gekommen war, ſein Vermögen den Gläubigern überlaſſen zu müſſen, entweder durch die *Ceſſio bonorum* oder im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens, ſo ſuchte er vorher auf die Seite zu ſchaffen, was er konnte. Das baare Geld, welches er beſaſs, verbarg er entweder oder deponirte es bey ſeinen Freunden und Bekannten, und über einen Theil ſeiner andern Sachen ſchloſs er Scheinverträge ab, oder ſchlug ſie auch los, um nur baares Geld zu haben, welches ſich leichter auf die Seite ſchaffen lieſs; oder verſchenkte ſie endlich wohl gar, um ſie nur den Gläubigern zu entziehen. Nun wurden zwar die Gläubiger durch die Einführung der *Paulianiſchen* Klage und des fraudatoriſchen Interdicts, wovon ich in der Folge ausführlicher ſprechen werde, gegen ſolche betrügeriſche Vermögensverringerungen der Schuldner ſicher geſtellt; aber da dieſe Rechtsmittel nicht auf den Fall gingen, wenn der Schuldner etwas von ſeinem Vermögen heimlich auf die Seite geſchafft hatte, ſo muſste man ihnen von Seiten der Geſetzgeber hier auf eine andere Art unter die Arme greifen. Die Kaiſer *Valentinian*

f) *De rer. iud. auct.*, II, 15.

und *Theodosius* erliessen daher die Verordnung: g) dass ein solcher Schuldner, wenn er zu der *Cessio bonorum* seine Zuflucht genommen, doch zu den mit dieser Rechtswohlthat verbundenen Privilegien nicht sollte zugelassen werden, sondern dass man ihn zur Bezahlung des Ganzen mit aller gesetzlichen Strenge anhalten sollte. — Und da überall in diesen Zeiten fast jeder Schuldner zu der für die Gläubiger so nachtheiligen *Cessio bonorum* seine Zuflucht nahm, so verordneten sie zugleich, dass zwar die *Cessio bonorum* als eine freywillige Absonderung des Schuldners von seinem Vermögen und Hingabe desselben jedem frey stehen, die damit verbundenen Privilegien aber nur denjenigen sollten zu Statten kommen können, welche beweisen würden, dass sie durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen wären.

Wenn diese Modification auf der einen Seite für die Gläubiger sehr vortheilhaft war, so wurde sie dagegen auf der andern Seite für die Schuldner desto nachtheiliger. Die Gläubiger suchten nämlich den Schuldner theils durch List, theils durch eine strenge Behandlung im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens zu der Abtretung seines sämmtlichen Vermögens zu bringen; und wenn er dazu geschritten war, so machten sie ihm hinterher die mit dieser Rechtswohlthat verbundenen Privilegien streitig. Sie konnten dies auch um so eher, als der Schuldner nach der oben gedachten kaiserlichen Verordnung darthun musste, dass sein Vermögensverfall sich lediglich in Unglücksfällen gründete, und dieser Beweis wirklich sehr schwer war.

Dass man aber jetzt den Schuldner zu der *Cessio bonorum* zu bringen suchte, die man ehedem von Seiten der Gläubiger gewiss mehr behinderte als begünstigte; dazu waren mancherley Gründe vorhanden. Fürs erste standen den Gläubigern im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens die längern Dilationen und andere Privilegien des Schuldners entgegen, von welchen ich im folgenden Kapitel reden werde. Diesen entgingen sie, wenn sie den Schuldner zur *Cessio bonorum* sogleich mit dem Anfange des Schuldverfahrens bringen konnten; und hatten sie ihn einmahl dazu gebracht, so konnten sie ihn nun mit den Einwendungen chicaniren, die ihnen die mehrgedachte kaiserliche Verordnung an die Hand gab. — Da ihnen nun der Weg zu den sämmtlichen Vermögensrech-

g) *L. 1 C. Th. qui bon. ced.*

ten des Schuldners offen ſtand, ſo bemächtigten ſie ſich nicht nur ſeiner gegenwärtigen Habſeligkeiten, und zogen ihn ganz aus, ſondern ſie fielen auch über jeden künftigen Erwerb des Schuldners ſogleich her, und eigneten ſich denſelben zu ihrer Befriedigung zu. Durch die *Ceſſio bonorum* hatte ihnen der Schuldner ſein Vermögen geöffnet; die mit dieſer Rechtswohlthat verbundenen Privilegien machten ſie ihm ſtreitig, wenn er den Beweis nicht führen konnte, den er führen ſollte; und bey einem neuen Erwerbe konnte er auch nicht mehr auf ein neues Schuldverfahren provociren. — Dann zweytens war die *Ceſſio bonorum* nach und nach aus den vorhin gedachten Urſachen nachtheiliger für den Schuldner geworden, als das eigentliche und ordentliche Schuldverfahren. Hatte der Schuldner zu der *Ceſſio bonorum* ſeine Zuflucht genommen, übertrug er ſein ganzes gegenwärtiges Vermögen auf die Gläubiger; ſo konnte er von dieſen rein ausgezogen werden, weil er ſich nichts vorbehalten durfte. Im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens verfuhr man jetzt nicht mit einer ſolchen Strenge, die nur die freywillige Ueberlaſſung des Vermögens von Seiten der Schuldner rechtfertigen konnte. Man glaubte ihm hier das laſſen zu müſſen, worauf er nur bey der *Ceſſio bonorum* als eine Gnade der Gläubiger Anſpruch machen konnte, als z. B. tägliche Kleidungsſtücke, ausgeſetzte jährliche Alimente u. dergl. m.

So geſchah es, daſs die *Ceſſio bonorum* gewiſſer Maſsen verhaſst wurde, und ein Schuldner ſich dazu nur alsdann entſchloſs, wenn er ſicher war, den Beweis führen zu können, den ihm die Geſetze auferlegten. — Ueber dies konnte er, wie ich hernach zeigen werde, ſicher darauf rechnen, daſs man auch ſeinen Gläubigern ohne *Ceſſio bonorum* es nicht erlauben würde, ſogleich wieder über den künftigen Erwerb herzufallen und ſich denſelben zuzueignen, indem mehrere nur auf die *Ceſſio bonorum* ehedem allein bezogene Rechtsſätze mit in das gewöhnliche Schuldverfahren übergegangen waren. — So geſchah es ferner, daſs, weil die *Ceſſio bonorum* den Gläubigern meiſten Theils mehr Nutzen ſchaffte als den Schuldnern, die Idee einer erzwungenen *Ceſſio bonorum* entſtand, die man aus dem Princip: daſs ja die *Ceſſio bonorum* als Rechtswohlthat für den Schuldner eingeführt, und demſelben unter den gehörigen Vorausſetzungen ſehr nützlich, und da doch die nothwendige und gerichtliche Abſonderung des Schuldners von ſeinem Vermögen unvermeidlich ſey, recht gut rechtfertigen zu können

glaubte, und dafs man daher den Schuldner theils mit Güte, theils durch gewaltfame Mittel zur *Ceſſio bonorum* zu bringen fuchte.

In diefer Lage befanden fich die Sachen in den Zeiten des *Juſtinian*. Die oben gedachte Verordnung der Kaifer *Valentinian* und *Theodoſius* ift zwar nicht in dem *Juſtinianeiſchen Codex repetitae praelectionis* enthalten; aber wer fteht uns dafür: ob fie nicht in dem *Vetus Codex* des *Juſtinian* enthalten war? Es ift auch folches um fo glaublicher, als an mehrern Orten der *Juſtinianeiſchen* Gefetzbücher darauf angefpielt, und angenommen wird, dafs die *Ceſſio bonorum* nur denjenigen Schuldnern zu Statten komme, die nicht durch eigne Schuld in Vermögensverfall gerathen waren. Dafs jene Verordnung noch zu *Juſtinians* Zeiten galt, ift wenigftens keinem Zweifel unterworfen, fo wie viele Anordnungen des ältern Rechts, feiner Gefetzbücher ungeachtet, noch in den Gerichten unter feiner Regierung und nach derfelben galten. — Und die Novelle, zu deren Erklärung ich jetzt fchreiten will, giebt über diefe Behauptung den bündigften und unwiderfprechlichften Beweis.

In der Novelle 135 kommt ein gewiffer *Zoſarius* aus Myfien vor, der fich an den Kaifer mit einer Vorftellung gewandt hatte. Er war fo wohl *debitor publicus* als *privatus*, und in beyder Hinficht vor dem *Praeſes provinciae* belangt worden. Er war durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen, und konnte keine Zahlung leiften. Wenn er gleich unter diefer Vorausfetzung auf die *Ceſſio bonorum* den gegründetften Anfpruch zu machen befugt war, fo wollte er doch dazu nicht fchreiten, weil das Wenige, was er von feinem Vermögen übrig behalten hatte und zu feinem und der Seinigen Unterhalte diente, alsdann darauf gegangen und eine Beute feiner Gläubiger geworden feyn würde. Er wollte lieber den ordentlichen Weg des Schuldverfahrens gehen, wo er doch wufste, dafs man ihm nach damahliger Sitte den Rock auf dem Leibe, und noch wohl obendrein einen kärglichen Unterhalt liefs. — Und vielleicht hatte er fein fämmtliches Vermögen mehrmahls verpfändet, und konnte fchon darum nach der *L.* 6 *D. de Pignor.* auf ein gelinderes Verfahren Anfpruch machen. Ja! wenn man fogar die Pfandgläubiger, die mit einem allgemeinen Pfandrechte verfehen waren, nicht ohne Einfchränkung an das Vermögen des Schuldners in diefen Zeiten liefs, fo liefs man gewifs die andern Gläubiger noch viel weniger daran, weil man fo fchlofs: Wenn ein Schuldner, der ein allgemeines Pfandrecht

seinem Gläubiger an seinem Vermögen ertheilt hat, gewisse Sachen stillschweigend davon ausnehmen kann, so muss er sie auch bey einer simpeln Verschuldung auszunehmen befugt seyn.

Mit diesem Benehmen des *Zosarius* aber waren die Gläubiger nicht zufrieden. Sie drangen auf die Abtretung des Vermögens und darauf, dass der *Zosarius* die Gelder so wohl als andere Vermögensstücke, die er nach ihrer Meinung heimlich auf die Seite geschafft hatte, an- und heraus geben sollte. — Die in diesen Zeiten gewöhnlichen Betrügereyen der Schuldner konnten die Gläubiger nicht nur leicht auf die Idee bringen, dass der *Zosarius* auch betrüglicher Weise gehandelt habe, sondern sie konnten auch vielleicht bey den uns unbekannten übrigen individuellen Umständen dazu veranlasst worden seyn, so etwas von ihm zu glauben. — Vielleicht hatte der *Zosarius* noch kurz vorher ansehnliches Vermögen besessen; oder hielt man ihn wenigstens für einen wohlhabenden Mann, wofür man oft im gemeinen Leben einen noch so sehr verschuldeten Menschen hält; und gab solches dazu die Veranlassung, dass ihn die Gläubiger hernach, wie sich seine Zahlungsunfähigkeit zeigte, für einen Betrüger hielten.

Man bediente sich gegen den *Zosarius*, um theils die Abtretung des Vermögens von ihm zu erhalten, theils ihn zur Angabe des, wie man glaubte, betrügerisch auf die Seite geschafften Vermögens zu bringen, aller nur denkbaren Strenge. Man muss ihn, wie sich aus der Verordnung des *Justinian* ergiebt, nicht nur gefänglich eingesperrt, sondern auch noch mit andern körperlichen Leiden belegt, und ganz widerrechtlich behandelt haben. Er stellte nicht nur dies in seiner Supplik an den Kaiser vor, sondern wies auch nach, dass er durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen sey, und also um so weniger eine so strenge Behandlung verdiene; oder wenn er solches nicht förmlich nachwies, so machte er es doch dem *Justinian* glaublich. — Und gewiss führte er auch an, dass es wider die Natur der *Cessio bonorum*, als einer bloss zum Besten der Schuldner eingeführten Rechtswohlthat, laufe, die Schuldner zur Abtretung ihres Vermögens zwingen zu wollen.

Justinian erlässt auf die Vorstellung des *Zosarius* eine dreyfache Verfügung. 1. Es soll keine obrigkeitliche Person die Schuldner zu der *Cessio bonorum* zwingen, sondern es soll diesen frey stehen, ob sie dazu ihre Zuflucht

nehmen wollen oder nicht. Warum? Fürs erste ist die *Cessio bonorum* eine blofs zum Besten der Schuldner eingeführte Rechtswohlthat. — Diesen Grund giebt zwar Justinian selbst nicht an, er fliesst aber aus der Natur der Sache. Dann zweytens ist diese Rechtswohlthat, (bey der gegenwärtigen Lage der Dinge,) den Schuldnern weit lästiger als das ordentliche Schuldverfahren, weil sie dabey auch von dem nothdürftigen Unterhalte entblöfst werden. — Sie werden aber doch lieber sich endlich dazu entschliessen, und kümmerlich ihr Leben hinbringen, als sich einer fortdauernden grausamen und gewaltthätigen Behandlung ausgesetzt sehen. — Diesen Grund führt Justinian selbst an; und er war auch für die Zeit der passendste, womit er seine Verfügung unterstützen konnte, wenn gleich Justinian, wie dies bey ihm oft der Fall ist, hier offenbar übertreibt. 2. Der Schuldner soll schwören: dafs er weder Geld noch anderes Vermögen besitze, womit er seine Gläubiger befriedigen könne; und damit von dem Andringen seiner Gläubiger, und von den Unannehmlichkeiten des Schuldverfahrens befreyet seyn. — Dieser Eid, den Justinian den Schuldnern auferlegt, begreift zugleich einen Manifestations-Eid in sich. 3. Wenn aber der Schuldner bereits ein gegründetes Recht auf eine Erbschaft oder auf einen andern Erwerb hat, so sollen die Gläubiger befugt seyn, davon Gebrauch zu machen, und im Nahmen des Schuldners dieses Recht in Anspruch nehmen können, um so, wo möglich, zu ihrer Befriedigung zu gelangen.

Das letzte Stück dieser Verordnung scheint beym ersten Anblicke nichts neues zu enthalten, indem schon bey dem ordentlichen Schuldverfahren, das mit keiner *Cessio bonorum* verknüpft war, die Gläubiger nicht blofs auf das gegenwärtige, sondern auch auf das zukünftige Vermögen des Schuldners ein wohlerworbenes Recht hatten. — Allein es enthält wirklich etwas ganz Neues und bisher Unbekanntes, wenn man genauer in den Geist des Gesetzes eindringt. — Denn wenn es gleich seine Richtigkeit hat, dafs die Gläubiger bey dem gewöhnlichen Schuldverfahren nicht nur das gegenwärtige körperliche so wohl als unkörperliche Vermögen des Schuldners angreifen und zu ihrer Befriedigung verwenden konnten, sondern auch auf das zukünftige Vermögen des Schuldners ein wohlerworbenes Recht hatten; so war doch die letztere Befugnifs blofs auf das von dem Schuldner bereits wirklich erworbene Vermögen eingeschränkt. Hatte z. B. der Schuldner bereits ein gewisses Recht er-

worben, so konnten die Gläubiger nach den jetzt üblichen, in der Folge zu entwickelnden, Grundsätzen, und nach dem ältern Rechte der *Bonorum Emtor*, davon Gebrauch machen. War ihm aber erst dieses Recht deferirt, und hing es noch von seiner Willkühr ab, ob er das deferirte Recht acceptiren wollte oder nicht, so konnten in dieser Hinsicht nicht die Gläubiger seine Stellvertreter werden, sondern mussten abwarten, was der Schuldner in der Folge that, und wenn dieser das Recht acceptirt hatte, konnten sie erst an dasselbe kommen. Zudem war auch wegen jedes zukünftigen Erwerbes ein neues Schuldverfahren, eine neue *Bonorum Possessio* und *Adiudicatio* nöthig. — Beydes schien dem *Justinian* eine Unbilligkeit, und er führte es daher zum Besten der Gläubiger ein, dass diese auch an die dem Schuldner in der Folge deferirten, aber noch nicht von ihm erworbenen Güter und Rechte kommen konnten, auch überall in Absicht des zukünftigen Erwerbes nicht mehr eine neue *Bonorum Possessio* und *Adiudicatio* nöthig war.

Warum *Justinian* eine solche Verordnung machte, davon liegt der Grund klar zu Tage. Er wollte nicht, dass der Schuldner von seinen Gläubigern auf Abtretung des Vermögens gedrängt werden sollte, aber er wollte auch zugleich wieder den Gläubigern auf eine andere Art zu dem Ihrigen verhelfen, und ihnen zur Entschädigung mehr einräumen, als sie durch die *Cessio bonorum* oder im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens erhalten konnten. — Und wie konnte er diese Absicht wohl besser erreichen, als wenn er den Gläubigern erlaubte, sich, ohne erst den künftigen Erwerb zu erwarten, und den lästigen Weg des Schuldverfahrens von neuem zu gehen, schon jetzt dasjenige zuzueignen, worauf der Schuldner ein unstreitiges und gewisses Recht der Erwerbung hatte, wenn es gleich noch nicht von ihm war erworben worden?

Wie weit dieses neue den Gläubigern von *Justinian* verliehene Recht sich erstreckt, und wo die Grenzen desselben bestimmt werden müssen, werde ich weiter unten bey dem neuen Verfahren in Schuldsachen zeigen, wo ich den Faden, den ich hier abreissen muss, wieder aufnehme. Ich will nur noch einige Bemerkungen über den Griechischen Text der Nov. 135 selbst hinzu fügen, um meine obige Behauptung, dass auch *Hombergk* den Sinn derselben bey seiner Uebersetzung nicht richtig gefasst habe, zu rechtfertigen.

Die Worte im Eingange der Novelle: ἐπὶ ὕβρει καὶ μόνῃ, können eben so wenig, wie es in der *Vulgata* heisst, durch: *per contumeliam et quidem solam*, als, nach *Hombergk*, durch: *per solam contumeliam*, gegeben werden. Das Wort, μόνῃ, steht, wie schon *Haloander* bemerkt hat, hier ganz richtig durch das Verbindungswort καὶ von ὕβρει abgesondert, und als ein Substantiv, oder besser, da es dieses wirklich nicht ist, für ein Substantiv. Es kann nichts anderes als ein eigenmächtiges Verfahren andeuten, das sich der Präses der Provinz gegen die herkömmliche Form des Schuldverfahrens erlaubt hatte. — Worin das eigenmächtige Verfahren bestand, darüber giebt die Constitution keinen vollständigen Aufschluss, indem sie, wie ich bereits oben gezeigt habe, nur aus der vorgelegten *Species facti* aushebt, nicht aber solche ganz in sich begreift. Indess zeigt uns doch *Justinian* das eine oder das andere Stück davon. — Der Präses der Provinz wollte den *Zosarius* nicht nur zur Abtretung seines Vermögens zwingen, sondern er wollte auch nicht einmahl leiden, dass er *Libellos persecutionis rerum suarum* übergeben durfte. Mit diesem eigenmächtigen Verfahren verband er eine schimpfliche Behandlung des Schuldners, ungefähr wie sie bey muthwilligen Banqueroutteurs in den Zeiten der Kaiser üblich war, und ich hernach zeigen werde, und aus diesem Grunde stehen hier die Worte: ἐπὶ ὕβρει καὶ μόνῃ, zusammen.

Was die *Libelli persecutionis rerum*, oder besser: *Libelli persecutorii*, waren, wage ich nicht mit Zuverlässigkeit zu bestimmen. Es scheint beym ersten Anblicke, als wären es Urkunden über Gelder und Sachen gewesen, die der *Zosarius* ausstehen hatte, und nur jetzt, als er belangt wurde, nicht beytreiben konnte, indem es nichts neues ist, dass man seinen Gläubigern die Obligationen aushändigt, und sie, die Schuldforderungen für sich einzutreiben, ermächtigt. — Aber die folgende Verfügung *Justinians*, und die von ihm dem *Zosarius* auferlegte Eidesleistung nebst der den Gläubigern gestatteten Befugniss, zeigen es zu deutlich, dass dies der Fall nicht gewesen seyn kann. Die *Libelli persecutorii* waren also wohl nichts anderes, als ein Verzeichniss, das die Schuldner, wenn es zu einem förmlichen Schuldverfahren gegen sie kam, dem Richter über ihr Vermögen einreichen mussten, und wodurch sie nachwiesen, wohin solches gekommen war, und dass sie es nicht böslicher Weise verschleudert hatten. Es scheint nach der Novelle solches herkömmlich gewesen zu seyn, theils um zum

Genuſſe der *Ceſſio bonorum*, um welche indeſs freylich hier *Zoſarius* nicht nachſuchte, zu gelangen, theils aber um den Strafen zu entgehen, die, wie ich hernach zeigen werde, jetzt auf eine muthwillige Vermögens-Verſchleuderung ſtanden. Oder vielleicht waren die *Libelli perſecutorii* nur dann hergebracht, wenn ein Schuldner vorher für einen reichen Mann allgemein galt, um ſich zu rechtfertigen, und zu zeigen, daſs der Schein betrogen hatte. Daſs darin auch eine Nachweiſung der etwa noch ausſtehenden Schulden und Capitalien enthalten war, verſteht ſich von ſelbſt; aber dies war bloſs zufällig, nicht Hauptſache bey ſolchen Verzeichniſſen. Wenn man überall beym Schuldverfahren die *Libellos perſecutorios* verwarf, ſo geſchah es wohl nur bey einem ganz notoriſchen Banqueroutteur.

Zoſarius wollte freylich hier ſein Vermögen den Gläubigern nicht abtreten, aber er wollte auch nicht als ein muthwilliger Banqueroutteur behandelt ſeyn. Er ſetzte daher darein, daſs ihm die *Libelli perſecutorii* verweigert wurden, ſeine vorzügliche Beſchwerde. — Die Worte in dem Prolog der Novelle: ὅπερ ἀδικώτατον, καὶ τῶν ἐν κεφαλαίοις λυπηρῶν καθέστηκε, finde ich durchgehends höchſt fehlerhaft überſetzt. ἀδικώτατον heiſst nicht *iniuſtum*, noch weniger *iniuſtiſſimum*, ſondern was gegen ein herkömmliches gerichtliches Verfahren anſtöſst. So giebt auch der Nachſatz: καὶ τῶν etc., in der Ueberſetzung nicht, wie *Hombergk* dafür hält: *et ſumme moleſtum eſt.* Der *Semibarbarus* hat hier wirklich noch getreuer überſetzt als *Hombergk*, wenn er gleich auch ſehr gefehlt hat. Die Worte: καὶ τῶν etc., wollen weiter nichts ſagen, als: *Zoſarius* habe ſich vorzüglich mit darüber beſchwert, daſs er gegen eine herkömmliche Sitte nicht dazu gelaſſen worden ſey, *Libellos perſecutorios* zu übergeben. — Dieſe verbeſſerte Ueberſetzung verbreitet, wie ich dafür halte, ungemein viel Licht über die Nov. 135.

Denn, wenn, wie bereits von Andern bemerkt worden iſt, das im Prolog der Novelle vorkommende μεθοδεία keine Klage, ſondern lediglich eine *vexatio* bedeutet, ſo iſt es klar, daſs der *Zoſarius* ſich über dreyerley bey dem *Juſtinian* beſchwerte: 1. Daſs man ohne die gehörige Einleitung und Regulirung der Schuldſache über ihn hergefallen war; 2. daſs man ihn als einen muthwilligen Banqueroutteur behandelte, und nicht einmahl erlauben wollte, die

herkömmliche Nachweisung seines Vermögens zu überreichen; und 3. dass man ihn sofort zur *Cessio bonorum* zwingen wollte.

So wie bey dem Prolog der Novelle, eben so haben auch die Uebersetzer bey der Hauptverordnung im *Cap. un.* Fehler begangen. Doch kommen hier nur Fehler vor, die der gesammten Uebersetzung der Novellen gemein sind, nämlich: dass man sich mehr an die Worte des Griechischen Textes als an die Sache selbst gehalten hat. Dass auf diese Art die Lateinische Uebersetzung noch viel undeutlicher werden musste, als es der Griechische Original-Text in dieser Novelle schon ist, folgt aus dem Verhältnisse beyder Sprachen zu einander von selbst. — Da indess diese Fehler den Sinn weiter nicht entstellen, so will ich sie auch nicht besonders rügen. Ich bemerke nur noch, dass das scheinbar Unzusammenhängende zwischen dem Prolog und dem *Cap. un.* der Novelle daher kommt, dass in dem erstern die Beschwerde des *Zosarius* nicht vollständig vorgetragen, und gerade der Hauptpunct, — die erzwungene Güterabtretung, — weggelassen ist, der in dem *Cap. un.* desto vollständiger erscheint. — Es ist mir wenigstens nicht zweifelhaft, dass der Präses der Provinz vorzüglich unter dem Vorwande, dass der *Zosarius* auch herrschaftliche Gelder schuldigte, so hart gegen denselben verfuhr und verfahren zu müssen glaubte. Die Missbilligung des *Justinian* in dem *Cap. unic.* der Novelle scheint mir auch darauf zu gehen; und die Worte: *τινὶ τῶν τὰς* etc. etc., welche *Hombergk: Qui dictis casibus* etc. etc., übersetzt, würden gar keinen Sinn haben, wenn man sie nicht hierher deuten wollte.

SECHSTES KAPITEL.

γ. Verlängerte Zahlungsfristen, Stückzahlung und Beneficium dationis in solutum. δ. Moratorien und erzwungene Nachsicht.

Den Römischen Gesetzgebern genügte es noch nicht, die Schuldner mit den im vorigen Kapitel geschilderten beyden Rechtswohlthaten versehen zu haben. Sie wollten auch bewirken, dass es nicht einmahl mit den Schuldnern zum Aeussersten und dahin kommen sollte, sich jener Rechtswohlthaten bedienen zu müssen, und unterstützten sie daher noch auf mehrere andere Art.

Ich zähle zu den Unterſtützungen, die den Schuldnern in neuern Zeiten und nach der *Ceſſio bonorum* zu Theil wurden, vorzüglich die verlängerten Zahlungsfriſten, die Stückzahlung, das *Beneficium dationis in ſolutum,* das Moratorium und die erzwungene Nachſicht. — Der erzwungene Nachlaſs gehört zwar allerdings auch hierher, allein ich kann erſt in der Folge davon handeln.

Die in den Zwölf-Tafel-Geſetzen beſtimmten Zahlungsfriſten waren mit dem alten Schuldverfahren zugleich auſser Gebrauch gekommen. In der höchſten Blüthe des Freyſtaats, und noch lange unter den Kaiſern, waren ſie willkührlich, und hingen gröſsten Theils von der Laune des Richters ab, wenn man gleich nicht behaupten kann, daſs der Schuldner durch zu kurz beſtimmte Friſten gekränkt worden ſey, (Kap. 4, S. 86 und 96.) — Späterhin aber wurden ſie zuerſt zu zwey,[h]) und zuletzt von *Juſtinian* zu vier Monathen [i]) ausgedehnt, und wurde ſo der Schuldner in den Stand geſetzt, eher das ſchuldige Capital aufzubringen.

Von der Stückzahlung, als einer Aufhebungsart der Verbindlichkeit, wo der Schuldner das Ganze nicht auf Ein Mahl, ſondern in mehrern Terminen entrichtet, kommen in dem Römiſch-*Juſtinianeiſchen* Rechte zwar Beyſpiele genug vor, wo ſolche theils mit Bewilligung der Gläubiger, theils aber auch ohne dieſe geſchehen kann. [k]) Indeſs läſst ſich nicht behaupten, daſs eine eigentliche Rechtswohlthat der Stückzahlung, (*Beneficium dationis in ſolutum,*) auf die ſich der Schuldner durchaus hätte berufen können, vorhanden geweſen wäre. Es wird nach den vorhandenen Geſetzen nur dem Richter erlaubt, in gewiſſen Fällen, und wenn er es für billig findet, dem Schuldner die Stückzahlung zuzugeſtehen, ohne daſs der Gläubiger darin eine Verletzung für wohlerworbene Rechte finden darf.

h) *L. un. C. Th. de uſur. rei iudic.*

i) *L. pen.* und *ult. C. de uſur.*

k) Z. B.: *L.* 41 *D. de ſolut.*; *L.* 21 *D. de reb. credit.*; *L.* 2, §. 4 *D. de eo, quod certo loco*; u. a. m. O. Sehr gut ſind dieſe Fälle von *R. C. Henne*, (*D. de creditore ad particularem ſolutionem acceptandam in nonnullis caſibus obligato*, Erf. 1773,) aus einander geſetzt worden. — Sonſt bleibt es nach dem Römiſchen Rechte bey der Regel: daſs der Schuldner das Ganze mit Einem Mahle bezahlen muſs. *L.* 41, §. 1 *D. de uſur.*; *L.* 122 *D. de V. O.*; *L.* 9 *C. de ſolut.*

Die Gebung an Zahlungsstatt war den Römern, wie ich oben beyläufig bemerkt habe, schon in den frühesten Zeiten bekannt, aber nur als eine Tilgung der Verbindlichkeit, welche an die Einwilligung der Gläubiger gebunden war. [l]) Das *Julische* Gesetz, wovon ich oben, (Kap. 5,) ausführlich gesprochen habe, führte zwar eine nothwendige Gebung an Zahlungsstatt ein, aber nur für die Zeit, und ohne Wirkung für die Schuldner im Allgemeinen. Erst *Justinian* ordnete die Gebung an Zahlungsstatt als eine Rechtswohlthat für die Schuldner im Allgemeinen an; erlaubte ihnen, wenn sie ihre Verbindlichkeit mit dem darin begriffenen Gegenstande selbst nicht tilgen konnten, ihre Güter statt der Zahlung den Gläubigern anzubieten; und bestimmte, wie dabey verfahren werden sollte. [m])

Alle diese Begünstigungen der Schuldner hatten indess bey einem Schuldverfahren für sie lange den Nutzen nicht, als das *Beneficium moratorii* und der Zwang, der in neuern Zeiten Statt fand, wenn davon die Rede war, ob dem Schuldner zur Entrichtung der Schuld eine Nachsicht von den Gläubigern zugestanden werden sollte. Es wird daher nöthig, dass ich mich hierüber ausführlicher verbreite.

Der Ursprung des *Beneficii moratorii* fällt unstreitig tief in die Zeiten der Römischen Kaiser. Dass diese Rechtswohlthat nicht, wie man ehedem glaubte, aus der *L. 2 C. de precib. Imper. offerend.* abgeleitet werden kann, hat *Godofred* [n]) mit so triftigen Gründen dargethan, dass es keines weitern Erweises bedarf. — Aber auch aus der *L. 4 C. eod.*, [o]) aus welcher man diese Rechtswohlthat gewöhnlich

l) Diesen Satz des ältern Rechts bestätigt auch noch *L. 17 C. de solut.; L. 2, §. 1 D. de R. I.*

m) *Nov.* 4, C. 3, Auth. *Hoc nisi C. de solut.:* „Hoc nisi debitor in pecunia vel alia re mobili solvere nequeat: tunc enim res *immobilis*, quam debitor habet *meliorem*, solvi potest, facta per iudicem subtili eius causae aestimatione etc." — Vergleiche übrigens über diese Rechtswohlthat *S. F. Willenbergii* D. *de dationis in solutum beneficio.* Ged. 1728.

n) In *not. ad h. L.* in Cod. Theod. — Die *moratoria praescriptio*, welche in der *L. 2 C. de precib. Imper. offerend.* vorkommt, ist nichts weiter als *dilatoria exceptio*, und überdies eine schon vorhandene Exception, nicht aber eine solche, welche erst durch ein kaiserliches Rescript eingeführt werden soll, wie dies *Godofred* weitläuftig entwickelt hat.

o) Vergleiche wegen dieses Gesetzes die weiter hinten folgende Note.

abzuleiten pflegt, kann ſolche nicht abgeleitet werden; denn es geht deutlich aus dieſem Geſetze hervor, daſs es ſchon vorher gebräuchlich geweſen, Moratorien zu ertheilen, und daſs niemand an der Rechtmäſsigkeit derſelben gezweifelt hat. — Das Geſetz enthält bloſs eine Einſchränkung der bisherigen Freyheit bey Ertheilung der Moratorien, und beſtimmt, unter welchen Bedingungen ſie in der Folge nur Statt haben ſollen. — Der Urſprung der Moratorien fällt daher früher und vor die Zeiten des *Gratian*, *Valentinian* und *Theodoſius*, von welchen die Conſtitution in der *L.* 4 *C. de prec. Imper. offer.* iſt. Auch möchte ich nicht mit *Böhmer* p) behaupten, daſs es erſt ſeit *Juſtinian* recht gebräuchlich geworden ſey, Moratorien nachzuſuchen und zu ertheilen.

Ohne Zweifel hat es mit der Entſtehung der mehrgedachten Rechtswohlthat dieſe Bewandtniſs. — Die Zahlungszeit war bey den Römern ſo begünſtigt, daſs eigentlich der Richter dagegen keine längere Friſt verſtatten konnte. Die Dilationen, welche man den Schuldnern geſtattete, waren zwar ſchon, ehe ſie unter den Kaiſern ausgedehnt wurden, erlaubt, und wurden ſogar in den Zeiten des Freyſtaats willkührlich von dem Prätor geſtattet, durften aber nicht den Gläubigern beſchwerlich fallen, und in den Zeiten der Kaiſer muſste ſich der Richter hier um ſo mehr zurück halten, als mit der Gerichtsbarkeit bekanntlich eine groſse Veränderung vorgegangen, und zwiſchen einem Prätor der Republik und einem kaiſerlichen Prätor ein himmelweiter Unterſchied vorhanden war. — Und mochte überall der Richter eine oder mehrere Zahlungsfriſten ertheilen, ſo waren und blieben es doch nur immer gewöhnliche Gerichtsfriſten, q) bey de-

p) In der D. *de litteris reſpirationis*; in *Exercit. ad D.*, III, 44, pag. 168. — In dieſer *Böhmerſchen* Abhandlung iſt die Lehre von Moratorien noch mit am beſten erörtert. — Auſser den Schriften, die ich in der Folge anführen werde, und die mehr die heutige Anwendung dieſer Lehre betreffen, bemerke ich nur noch folgende Abhandlungen als die beſten: *Io. Fabricii D. de reſcr. morator.*; in *Diſſ. iur. ſel. Baſil.*, IX, 20. *W. A. de Freudenberg de reſcr. morator.*, *ed. ult.*, Franc. 1667. *Andr. Homborg de litter. morator.*, *ad L.* 4 *C. de prec. Imp. offer.* Helmſt. 1704. *W. A. Lauterbach* in *Diſſ. Tubingenſ.*, I, 16. *Aug. Leyſer* in *Med. ad D.*, Spec. XIII. *I. G. Weinmann* in *Diſſ. ſelect. Baſil.*, VII, 1. *Io. Herr. Frick Meditat. de moratorio.* Kilon. 1770. *E. Schlüteri* D. *de eo, quod iuſtum eſt in induc. morator.* Gieſs. 1747. *Ph. Wasmuth de reſcript. morator.* Ling. 1730. *Fr. G. Hamm de moratorio.* Col. 1781.

q) Davon iſt auch nur die *L.* 31 *D. de re iudic.* zu verſtehen, wo es heiſst: Debitoribus non tantum petentibus dies ad ſolvendum dandi ſunt, ſed et *prorogandi* etc.

ren Kürze es den Schuldnern sehr häufig unmöglich war, noch vor dem Ablaufe der Dilation Rath zu schaffen, um die Summe zu entrichten, in deren Bezahlung sie waren verurtheilt worden. Man fing daher an, um dem Extreme des Schuldverfahrens oder der *Cessio bonorum* auszuweichen, sich an den Kaiser zu wenden, und diesen um eine längere Dilation, als der Richter geben konnte, entweder sofort bey dem Anfange des Schuldverfahrens, oder auch, wenn man die richterlichen Dilationen schon genossen hatte, anzuflehen. Anfänglich verlängerten die Kaiser, wenn triftige Gründe dazu vorhanden waren, den Schuldnern nur die von dem Richter bestimmten Zahlungsfristen, die entweder in dem Herkommen, oder, wie dies späterhin der Fall war, in den Gesetzen ihren Grund hatten. Aber bald gingen sie weiter und gaben den Schuldnern eine Nachsicht auf ein, zwey, drey und mehrere Jahre: doch kommt in den Römischen Gesetzen keine längere Nachsicht, als die von fünf Jahren vor. Es ist keinem Zweifel unterworfen, dass das *Beneficium moratorii* von allen bisher angeführten und noch in der Folge anzuführenden Rechtswohlthaten der Schuldner die vorzüglichste ist. — Sie erhalten dadurch Gelegenheit, ihren zerrütteten Vermögenszustand wieder herzustellen, Mittel zur Bezahlung der Schuld ausfündig zu machen, und dem gänzlichen Vermögens-Ruin, der im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens so wohl als bey der *Cessio bonorum* unausbleiblich ist, zu entgehen. Eine Ungerechtigkeit gegen die Gläubiger bleibt zwar alle Mahl mit dieser Rechtswohlthat verbunden, aber es war den Kaisern viel daran gelegen, sich und dem Staate einen Bürger zu erhalten; und in solchen Fällen läſst sich leicht diese Ungerechtigkeit entschuldigen, zumahl da die Gläubiger, wie ich hernach zeigen werde, bey dem *Beneficio moratorii* nichts weiter verlieren, als dass sie nur ihre Forderung noch jetzt nicht erhalten können, wo sie solche nach den Gesetzen hätten erhalten sollen und müssen.

Wenn wir uns unter dem *Beneficio moratorii* diejenige Rechtswohlthat der Schuldner denken, wo diese sich an den Regenten wenden, und um eine die gewöhnlichen Zahlungsfristen übersteigende Nachsicht bey demselben gegen das Andringen ihrer Gläubiger nachsuchen, und ferner dabey bloss auf das Römische Recht Rücksicht nehmen: so ergeben sich davon folgende Grundsätze:

I. Nur der Regent allein kann Moratorien ertheilen, der Richter hingegen ist nicht dazu befugt. Er kann bloſs die in den Geſetzen angeordneten Zahlungsfriſten bewilligen, und muſs ſie auch bewilligen, ohne daſs einmahl der Schuldner darum nachzuſuchen nöthig hat. Selbſt eine geringe Erweiterung dieſer Zahlungsfriſten ſteht dem Richter nicht einmahl anders als alsdann frey, wenn wichtige Urſachen dazu vorhanden ſind. r)

II. Das Recht der Moratorien, als ein ausſchlieſsendes Recht der höchſten Gewalt im Staate, hat keine andern Grenzen, als welche demſelben durch das gemeine Beſte beſtimmt werden. — Es iſt daher dem Regenten überlaſſen, wie lange er dem Schuldner Nachſicht verſtatten will, und ob er, wenn Gründe dazu vorhanden ſind, das Moratorium erneuern will. In den Römiſchen Geſetzen kommt jedoch keine längere Dauer des Moratorii als zu fünf Jahren vor, s) auch findet man in keinem Geſetze ein Beyſpiel von einer Erneuerung deſſelben.

III. Das Moratorium als eine Rechtswohlthat muſs von dem Schuldner nachgeſucht werden. Die Gläubiger müſſen zwar darüber gehört werden, aber der Regent iſt bey Ertheilung des Moratorii nicht an ihre Einwilligung gebunden. t)

IV. Nur durch Unglücksfälle geſunkene Schuldner haben ſich der Moratorien zu erfreuen. Es exiſtirt zwar hierüber kein Geſetz im ganzen Römiſch-*Juſtinianeiſchen* Rechte, aber die Eigenſchaft des Moratorii als einer Rechtswohlthat rechtfertigt ſchon dieſe Behauptung.

Daſs der Schuldner darüber eine Beſcheinigung beybringen muſste, wenn er ein Moratorium bey dem Kaiſer nachſuchte, iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, ſo wenig auch ſonſt das Verfahren in Moratorien-Sachen bey den Römern bekannt iſt. — Wahrſcheinlich ertheilte der Kaiſer auf das Geſuch des Schuldners, wenn es gehörig unterſtützt war, ſogleich das Moratorium, und lieſs es den Gläubigern frey, dawider die gehörigen Vorſtellungen zu machen, oder er zog auch zuvörderſt, und wenn ihm das Geſuch des Schuldners nicht genug unterſtützt ſchien, Bericht von dem Rich-

r) *L. c. 31 D. de re iud.*

s) Man nennt daher auch die Reſcripta moratoria κατ᾽ ἐξοχὴν *Litterae quinquennales.*

t) Das Gegentheil behauptet zwar *Faber, Error. pragmat.*, 3, 25, allein *Böhmer, l. c.*, pag. 174, hat ihn gründlich widerlegt.

ter ein, vor welchem die Schuldſache verhandelt wurde. — Im erſten Falle konnte es wohl kommen, daſs ein erſchlichenes Moratorium in der Folge wieder caſſirt wurde, wenn die Gläubiger zeigten, daſs der Schuldner ſich deſſelben unwürdig gemacht hatte.

V. Wer ein Moratorium erlangen will, muſs *fideiuſſionem idoneam ſuper debiti ſolutione* leiſten. Die Kaiſer *Gratian, Valentinian* und *Theodoſius* legten zuerſt dieſe Verbindlichkeit den Schuldnern auf, und die *L. 4 C. de prec. Imp. offer.* enthält dieſe Anordnung.[u]) — Die Veranlaſſung dazu ſcheint der Miſsbrauch mit den Moratorien gegeben zu haben, wo die Schuldner nur das Moratorium zu dem Ende nachſuchten, um die Ueberreſte ihres Vermögens noch in guter Ruhe verzehren zu können.

Böhmer[v]) hat ſehr richtig bemerkt, daſs der Schuldner mit Hinſicht auf dieſes Geſetz durchaus eine Caution durch Bürgen ſtellen muſste. Ob übrigens jemand für ihn geradezu Bürgſchaft machte, oder dem Schuldner erlaubte, daſs er ſeine Güter den Gläubigern verpfänden konnte, muſste dieſen nach der Lage der Sache ganz gleichgültig ſeyn.

Nur ging die Caution, wie es nach dem Buchſtaben des Geſetzes der Fall zu ſeyn ſcheint, gewiſs nicht auf die ganze Summe der Forderungen, welche die Gläubiger an den Schuldner machten. Eine ſolche Caution würde nicht nur unbillig geweſen ſeyn, ſondern würde auch offenbar den Zuſtand der Gläubiger verbeſſert haben, wenn wir auch ganz davon abſehen, daſs der Schuldner wohl ſchwerlich jemanden gefunden haben würde, der ſich zu einer ſo läſtigen Cautions-Leiſtung für ihn verſtanden hätte. — Die Caution, welche in der *L. 4 C. de prec. Imp. offer.* angeordnet iſt, ſoll bloſs die Gläubiger ſichern, daſs der Schuldner während des Moratorii nicht ſein noch übriges Vermögen durchbringt; folglich genügte es, wenn nur der Schuldner die Caution ſo hoch ſtellte, als ſich ſein jetzt noch vorhandenes Vermögen belief, und den Gläubigern in ſo weit ihre Forderungen ſicherte. Die Worte in der *L. 4 C. de prec. Imp. offer.*: „*ſuper debiti ſolutione*", müſſen daher eingeſchränkt erklärt werden.

u) „Univerſa reſcripta, quae in debitorum cauſis ſuper *praeſtandis dilationibus* promulgantur, non aliter valeant, niſi *fideiuſſio idonea* ſuper debiti ſolutione praebeatur."

v) *L. c.*, p. 181 ſeq.

Die Frage: ob die Gläubiger, wenn der Schuldner ein Moratorium nachſuchte, die mehrgedachte Caution von demſelben fordern muſsten, oder ob ſie der Schuldner von ſelbſt zu offeriren ſchuldig ſey, ſcheint mir leicht beantwortet werden zu können. — Nach der *L. 4 C. de prec. Imp. offer.* ſoll der Schuldner überall kein Moratorium mehr erhalten, wenn er nicht die Caution *ſuper debiti ſolutione* ſtellt. Daraus folgt, wie ich dafür halte, unwiderſprechlich, daſs ein Schuldner, der ein Moratorium nachſuchte, auch ſofort die Cautions-Leiſtung mit erwähnen und ſolche anbieten muſste, weil im entgegen geſetzten Falle das Geſuch gleich abgeſchlagen ſeyn würde. — Vielleicht ertheilten indeſs auch die Kaiſer bedingte Moratorien, wenn nämlich der Schuldner den Gläubigern die geſetzliche Caution leiſten könnte und leiſten würde. — Daſs übrigens die Gläubiger auf dieſe Cautions-Leiſtung, da ſie lediglich zu ihrem Vortheile eingeführt war, Verzicht leiſten konnten, verſteht ſich von ſelbſt.

VI. Die Moratorien werden lediglich zu dem Ende ertheilt, damit der Schuldner ſich erholen, und darüber, wie er ſeine Gläubiger vollſtändig befriedigen möge, nachdenken ſoll. — Es kann daher durch die Ertheilung eines Moratorii in Anſehung der Verbindlichkeiten eines Schuldners nichts verändert werden, wenn er übrigens gleich durch das Moratorium ſo wohl gegen alles gerichtliches als auſsergerichtliches Andringen der Gläubiger geſichert wird.

VII. Einem Schuldner, der ein Moratorium erlangt hat, und nach Ablauf deſſelben doch nicht bezahlen kann, ſteht noch immer das *Beneficium ceſſionis bonorum* offen.

Böhmer w) meint zwar, der Schuldner dürfte jetzt nicht mehr zu der *Ceſſio bonorum* zugelaſſen werden, weil in der *L. fin. C. qui bon. ced. poſſ.* die beyden Rechtswohlthaten, das *Beneficium moratorii* und *ceſſionis bonorum*, einander entgegen geſetzt würden. Allein 1. wird nirgends die *Ceſſio bonorum* dem Schuldner, der einmahl ein Moratorium erhalten hat, ausdrücklich entzogen, auch ſchlieſst das Moratorium, ſeiner Natur nach, nicht die *Ceſſio bonorum* aus. Dann 2. kommt auch in der *L. fin. C. qui bon. ced. poſſ.*

w) *L. c.*, p. 186.

eine ſolche Entgegenſetzung beyder Rechtswohlthaten nicht vor. Es iſt in dieſem Geſetze, wie ich hernach zeigen werde, bloſs davon die Rede, was Rechtens ſeyn ſoll, wenn die Frage entſteht: ob die Gläubiger die angebotene *Ceſſio bonorum* annehmen, oder nicht vielmehr dem Schuldner noch eine Nachſicht verwilligen ſollen, um, wenn es möglich iſt, ſein Vermögen zu ihrer allerſeitigen Befriedigung zu vermehren. Wenn *Juſtinian* hier für die den Schuldnern zu ertheilende Nachſicht unter den Vorausſetzungen, von welchen ich hernach ſprechen werde, ſich erklärt, und dadurch auf die Seite der Schuldner tritt, ſo ſchlieſst er dabey keinesweges das *Beneficium ceſſionis* aus, wenn die ertheilte Nachſicht unwirkſam geworden ſeyn ſollte. — Die erzwungene Nachſicht, von welcher das Geſetz ſpricht, und die offenbar auf das Beſte des Schuldners berechnet iſt, würde demſelben vielmehr nachtheilig werden, wenn man annehmen wollte, daſs ihm hernach die *Ceſſio bonorum* nicht mehr zu Statten kommen könnte.

Weiter als die vorgetragenen Grundſätze gehen, enthält das Römiſche Recht keine Beſtimmungen über das *Beneficium moratorii.* — Die Streitfragen, die bey der heutigen Anwendung deſſelben entſtanden ſind, werde ich weiter unten, in der Lehre vom Concurſe der Gläubiger, vortragen. Hier bemerke ich nur noch, daſs das Moratorium nach den Grundſätzen des Römiſchen Rechts allgemein iſt, und allen Gläubigern entgegen ſteht, die eine wirkliche Schuldforderung an den Schuldner haben, und zwar jetzt ſchon, da das Moratorium nachgeſucht wird. Daſs es denjenigen nicht entgegen ſtehen kann, welche ihr Eigenthum ſelbſt von dem Schuldner zurück fordern, iſt keinem Zweifel unterworfen, weil hier keine Schuldforderung vorhanden iſt, z. B. wenn dem Schuldner eine Sache geliehen worden iſt, die noch *in natura* exiſtirt.

Eben ſo vortheilhaft, wie das *Beneficium moratorii*, iſt noch eine andere zu Gunſten des Schuldners eingeführte Rechtswohlthat, die erzwungene Nachſicht, womit es folgende Bewandtniſs hat.

Schon nach dem ältern Rechte hing es von den Gläubigern ab: ob ſie dem Schuldner noch auſser den geſetzlichen Dilationen eine längere Nachſicht verſtatten wollten; und wenn ſie es thaten, muſste der Richter darauf Rückſicht nehmen. Aber in ſolchem Falle muſste der vereinigte Wille aller Gläubiger vorhanden ſeyn. Daſs der Richter den etwa diſſentirenden Theil der Gläubiger zum

Beytritte habe zwingen können, erhellt eines Theils nirgends, und andern Theils läſst ſich ſolches darum nicht füglich annehmen, weil *Juſtinian*, wie ich hernach zeigen werde, zuerſt einen ſolchen Zwang einführte. — Die Analogie von dem erzwungenen Nachlaſſe paſst hier auch nicht.

Juſtinian verordnete zum Beſten der Schuldner, daſs, wenn ein Theil der Gläubiger für die Ertheilung eines Moratorii ſtimmen, ein anderer aber dawider ſeyn würde, der diſsentirende Theil zum Beytritte gezwungen werden ſollte, wenn *maior pars creditorum* für die Ertheilung des Moratorii iſt. x)

Bey Beurtheilung der Majorität der Gläubiger kommt es zuerſt darauf an: ob die Gläubiger, welche für die Ertheilung des Moratorii ſind, mehr zuſammen zu fordern haben, als die übrigen, welche dawider ſind, wenn ſie auch der Zahl nach geringer ſeyn ſollten. Hiernächſt, wenn die Forderungen gleich ſind: ob ſie der Zahl nach die mehrern ſind. Sollte der Fall eintreten, daſs eine völlige Gleichheit der diſsentirenden und für den Nachlaſs ſtimmenden Gläubiger vor-

x) *L. 8 C. qui bon. ced. poſſ.:* „Cum ſolito more a noſtra maieſtate petitur, ut ad miſerabile ceſſionis bonorum homines veniant auxilium, et electio detur creditoribus vel *quinquennale* ſpatium eis indulgere, vel bonorum accipere ceſſionem, *ſalva eorum videlicet exiſtimatione* et *omni corporali cruciatu ſemoto: quotidie* dubitabatur, ſi *quidam* ex creditoribus voluerint quinquennales dare inducias, *alii* autem iam nunc ceſſionem accipere velint, *qui audiendi ſint?* In tali itaque dubitatione nemini putamus eſſe ambiguum, quod ſentimus et quod *humaniorem* ſententiam *pro duriore* eligimus et ſancimus, ut vel ex *cumulo debiti* vel ex *numero creditorum* cauſa iudicetur. Et ſi quidem unus creditor aliis omnibus gravior in ſumma debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis, et debitis eorum computatis ipſe alios antecellat: ipſius ſententia obtineat, ſive indulgere tempus ſive ceſſionem accipere deſiderat. Si vero plures quidem ſunt creditores, ex diverſis autem quantitatibus: etiam nunc amplior debiti cumulus minori ſummae praeferatur, ſive par, ſive diſcrepans numerus eſt creditorum: cum non ex frequentiſſimo ordine foeneratorum, ſed ex quantitate debiti cauſa trutinetur. Pari autem quantitate debiti inventa, diſpari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat: ita ut, quod pluribus placeat, hoc ſtatuatur. Si vero undique aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant ſententiam, non ceſſionem exigentes, ſed inducias: *nulla* quidem *differentia* inter *hypothecarios* et *alios creditores* quantum ad hanc electionem obſervanda. — Das Geſetz giebt gleich zu Anfange auch über vieles Aufklärung, was ich oben, (Kap. 5 am Ende,) über die Miſshandlung des *Zoſarius* geſagt habe. Vergleiche übrigens hier *Iſa. Kleinhaus de moratorio et ſpeciatim de pacto dilatorio officioque iudicis illud promovendi.* Marb. 1759.

handen wäre, so sollen doch die dissentirenden Gläubiger *propter humanitatem* der consentirenden zum Beytritte gezwungen werden können.

Es ist klar, daſs diese Moratorien auch in dem Falle Statt finden, wenn keine solchen Gründe vorhanden sind, daſs schon der Regent von selbst zur Ertheilung eines Moratorii bestimmt werden könnte. — Sie müssen daher dem *Beneficio moratorii* entgegen gesetzt werden, und können, nachdem nun der vereinigte Wille aller Gläubiger vorhanden ist, oder einige von ihnen zum Beytritte gezwungen werden, in freywillige und nothwendige Moratorien eingetheilt werden. Es braucht auch auf den Fall, daſs sie nothwendige sind, keiner besondern Erlaubniſs des Regenten, sondern auch schon der Richter kann sie ertheilen, wenn nicht die Sache bereits an den Regenten selbst gelangt seyn sollte. — Ueberall gehört diese Art von Moratorien nicht zu denjenigen, die unter dem eigentlichen *Beneficio moratorii* stehen. Wenn man die Bestimmungen, welche bey der erzwungenen Nachsicht vorkommen, mit denen zusammen hält, die in Absicht des weiter unten abzuhandelnden erzwungenen Nachlasses Statt finden, so ists mir wenigstens nicht zweifelhaft, daſs *Justinian* die erstere ganz nach dem Beyspiele des letztern, schon früher vorhandenen, eingeführt habe. Sie muſs daher auch im Einzelnen ganz darnach beurtheilt werden, und ist darauf alles das anzuwenden, was ich hernach von dieser sagen werde. y)

SIEBENTES KAPITEL.

ζ. Beneficium competentiae. — Schluſsanmerkung über sämmtliche Rechtswohlthaten der Schuldner.

Noch eine sehr wichtige Rechtswohlthat für die Schuldner ist das *Beneficium competentiae*, vermöge dessen einigen Schuldnern, wenn sie ausgeklagt werden, der nothdürftigste Unterhalt gelassen werden muſs, da sonst im Wege des ordentlichen Schuldverfahrens, wie ich bereits oben gezeigt habe und noch in der Fol-

y) Indeſs kommen doch wichtige Verschiedenheiten vor, die sich aber besser unten bey den Nachlaſsverträgen angeben lassen, als hier, daher ich den Leser dahin verweise.

ge mit Mehrerm zeigen werde, der Schuldner alles verlor oder doch hätte verlieren müſſen. z) Schon in der *Ceſſio bonorum* iſt gewiſſer Maſsen eine Competenz enthalten, indem der Schuldner, der zu der Rechtswohlthat der Güterabtretung ſeine Zuflucht genommen, hinterher nicht weiter ausgeklagt werden kann, als er, unbeſchadet ſeiner bürgerlichen Subſiſtenz, zu leiſten im Stande iſt, (5. Kap., S. 123.) Aber davon iſt hier nicht die Rede, ſondern von der Competenz als einer eignen für gewiſſe Schuldner und unabhängig von jener eingeführten und für ſich beſtehenden Rechtswohlthat, die Statt findet, wenn der Schuldner ſein Vermögen nicht abgetreten hat, oder gleich bey der erſten Vermögensabtretung.

Die Rechtswohlthat der Competenz, von der ich hier rede, fällt unſtreitig ihrem Urſprunge nach in frühere Zeiten, a) hat ſich aber nachher unter den Kaiſern erſt ausgebildet, und ſteht daher wohl mit Recht in der Kaiſer-Periode. — In *Juſtinians* Compilation findet ſich darüber kein eigner Titel, doch kommt davon eine ziemlich vollſtändige Theorie in dem Titel der Pandecten: *de re iudicata*, (XLII, 1,) vor, an welche man das, was ſich in einzelnen andern Titeln der Pandecten zerſtreuet findet, reihen muſs.

In dem Titel der Pandecten: *de re iudicata*, werden unter denjenigen, die mit der Rechtswohlthat der Competenz verſehen ſind, 1. die *Socii* genannt. — *Sunt*, heiſst es in der *L.* 16 *D. de re iudic.*, *qui in id, quod facere poſſunt, con-*

z) Von den einzelnen Schriften, in welchen die Lehre von der Competenz erläutert worden iſt, verdient zuerſt *I. A. Hellfeldt* D. *de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure*, (in *Opusc.* a *Fiſchero edit.*, XXV,) genannt zu werden, wenn ich gleich gern geſtehe, daſs dieſe Lehre hier gar nicht im Geiſte des Römiſchen Rechts abgehandelt, und der Geſichtspunct dabey häufig verrückt worden iſt, wie ich unten in der eigentlichen Concurs-Lehre noch ausführlich zeigen werde. Auſser dieſer Schrift verdienen aber noch folgende andere Abhandlungen über dieſen Gegenſtand Aufmerkſamkeit: *W. A. Lauterbach de benef. compet.*; in Deſſen *Disſert. Tubing.*, I, 13. *D. Kühnemann* Tr. *de benef. compet. ed. nov.* Lipſ. 1698. *C. W. Mühlpfort* D. *de benef. compet.* Ien. 1688. *A. S. Rivini* D. *de benef. compet.*; in *Coll. Disput.*, 4. *I. V. Textor de benef. compet.*; in *Coll. Disp.*, App., Nr. 3. *I. B. Wernher de ben. comp.*; in *Obſ. forenſ.*, VII, Obſ. 85, pag. 227. *C. W. Strecker* Pr. *de ben. comp.* Erf. 1738. *I. Ackersloot de benef. compet.* Ultrai. 1773.

a) Doch gewiſs nicht früher als nachdem das alte Schuldverfahren mit der Uebertragung des geſammten ſchuldneriſchen Vermögens auf einen andern auſser Gebrauch gekommen war.

veniuntur, *id eſt: non deducto aere alieno. Et quidem ſunt hi fere, qui pro ſocio conveniuntur: ſocium autem omnium bonorum accipiendum eſt.* — Das Fragment iſt aus *Ulpian ad Edictum*, Lib. LXIII; und der Sinn bleibt derſelbe, man mag am Ende, wie gewöhnlich, *accipiendum*, oder, mit Andern, *accipiendus eſt* leſen. Nach dieſem Geſetze hat nur der *Socius omnium bonorum* die Rechtswohlthat der Competenz. Nach einem andern Geſetze, — der *L.* 63 *D. pro ſocio*, gleichfalls ein Fragment aus *Ulpian ad Edictum*, — hat aber auch der *Socius certae rei* dieſe Rechtswohlthat. — *Verum eſt*, heiſst es hier, *quod Sabino videtur, etiam ſi non univerſorum bonorum ſocii ſint*, *ſed unius rei*, *attamen in id*, *quod facere poſſunt*, *quodque dolo malo fecerint*, *quo minus poſſint condemnari oportere: hoc enim ſummam rationem habet*, *cum ſocietas ius quodammodo fraternitatis in ſe habeat*. Wenn man mit *Freher* [b]) das: *ſocium autem*, in der *L.* 16 *D. de re iudic.*, in: *ſocium etiam non*, verwandelt; ſo läſst ſich zwar der Widerſpruch zwiſchen dieſen beyden Geſetzen leicht heben, allein dann verbeſſert man den Text nicht nur gewaltſam, ſondern auch gegen die Wahrheit. [c]) — Die vorzüglichſten Interpreten [d]) haben dies auch bereits eingeſehen, und ſich daher bemüht, beyde Geſetze mit einander zu vereinigen, wobey ohne allen Zweifel die Behauptung derjenigen den Vorzug verdient, welche dafür halten, daſs die *L.* 16 *D. de re iudic.* aus der *L.* 63 *D. pro ſocio* ergänzt werden müſſe. — Die Sache ſcheint mir ſich folgender Geſtalt zu verhalten.

Man geſtattete ehedem nur dem *Socius omnium bonorum* die Competenz, dem *Socius certae rei* aber nicht, weil hier ſchon die Natur der Societät ſolche auszuſchlieſsen ſchien, indem das Verhältniſs zwiſchen den *Sociis* eines Theils nicht ſo enge war, als bey der *Societas omnium bonorum*, andern

b) *Veriſimil.*, V; in *Ev. Otto Th. I. R.*, I, p. 867. Siehe auch *Leoninus*, *Emend.*, VI, 14.

c) Vergleiche die *Baſil.*, I, 9, 3, pag. 505, wo die Worte: ὡς ὁ πάντων τῶν πραγμάτων κοινωνὸς ἐν τῇ κοινωνίᾳ, deutlich genug zeigen, daſs der Text unverdorben auf unſre Zeiten gekommen ſey.

d) Vergleiche *Pet. Perrenonii Animadv. et var. Lect.*, XII; in *Ev. Otto Theſ. I. R.*, I, p. 643. *Markart Interpr.*, 273 ſeq. *ab Ooſterga Disp. ad D.*, II, 70. *Pacii* Ἐναντιοφ. Cent. IV, Qu. 100. *Nic. de Paſſeribus LL. conciliatar.* 321. *I. a Coſta Comm. ad Inſtit.*, 562. *I. B. Frieſe* Pr. *de benef. compet. et ſociis univerſ. et particul. competente.* Ien. 1713.

Theils aber auch die Competenz nur mit Hinsicht aufs gesammte Vermögen gedacht werden kann, und die Societäts-Verhältnisse sich doch hier nur auf eine gewisse Sache oder auf einen Theil des Vermögens einschränkten. *Sabinus* behauptete, (vielleicht zuerst,) die Zuständigkeit der Competenz bey den *Sociis certae rei,* und unterstützte solche durch einen neuen Grund von dem Fraternitäts-Verhältnisse, das durch die Societät durchgehends zwischen den *Sociis* hervor gebracht werde, möge übrigens die Societät eine *Societas omnium bonorum* oder *certae rei* seyn, da man bisher die Competenz nur aus dem Vermögensverhältnisse abgeleitet hatte. Die neue Lehre des *Sabinus* fand nicht durchgehends Beyfall; und wenn auch spätere Rechtsgelehrte ihr Beyfall geben, wie dies hier von *Ulpian* geschieht, so behielten sie doch als allgemein angenommenen Lehrsatz bey: dafs nur dem *Socius omnium bonorum* die Competenz gebühre; debütirten denselben in ihren Schriften, und pflichteten nebenher auch dem *Sabinus* bey. Bey dieser natürlichen Vereinbarung beyder Fragmente entbehrt man die Aengstlichkeit, die die eleganten Juristen hier fast durchgängig zeigen. Schon *Accursius* scheint dies bemerkt zu haben, wenn er bey den Worten der *L.* 16 *D. de re iudic.: socium autem omnium bonorum,* annimmt, dafs der Jurist sich dabey stillschweigend das Wort: *maxime,* gedacht habe.

Die Rechtswohlthat der Competenz kann den *Sociis* nur in so fern zu Statten kommen, als sie aus dem Societäts-Contracte belangt werden, und sich keinen Betrug noch sonstiger Veruntreuung haben zu Schulden kommen lassen. e) Das letztere Erfordernifs ist allen Rechtswohlthaten eigen, und mufs daher auch bey der Rechtswohlthat der Competenz angenommen werden.

Das Gesetz sagt: die Rechtswohlthat der Competenz solle den *Sociis* zukommen, *non deducto aere alieno,* und schliefst zuletzt, in den Worten: *Item parens,* auch 2. die Aeltern als Personen ein, die sich gleicher Gestalt der Competenz zu erfreuen haben sollen, wenn sie von ihren Kindern belangt werden. Was die Worte: *non deducto aere alieno,* sagen wollen, werde ich weiter unten ausführen. Hier bemerke ich nur, dafs, so wenig auch die Gesetze über die Rechtswohlthat der Competenz in Absicht der Aeltern etwas näher bestimmen, es

e) *L.* 43, §. 7 *D. pro socio. L.* 22 *in fin. D. de re iudic.*

mir doch keinem Zweifel unterworfen zu seyn scheint, dass bloss eheliche und rechtmässige Aeltern hier gemeint sind, und über dies nur eigentlich dem Vater und den väterlichen Ascendenten solche zukommen kann. — Man geht offenbar zu weit, wenn man den Grund der Competenz hier in die Verbindlichkeit zu Alimenten setzt, und daher den Schluss macht, dass alle diejenigen, welche sich zur Leistung der Alimente wechselseitig verpflichtet hätten, sich auch die Rechtswohlthat der Competenz zugestehen müssten, und dem zu Folge auch die Competenz den Kindern und Geschwistern unter einander zueignet. [f]) — Der Grund der Competenz ist hier ohne Zweifel in der väterlichen Gewalt und den in mancher Hinsicht noch fortdauernden Wirkungen derselben, selbst nach der Emancipation oder einer nothwendigen Aufhebung der väterlichen Gewalt, zu suchen. Indess will ich damit auch der Mutter und den mütterlichen Ascendenten so wenig als 3. den Kindern und Geschwistern die Rechtswohlthat der Competenz streitig machen, da sich aus andern Gesetzen deutlich ergiebt, dass eine so nahe Beziehung, als zwischen Aeltern und Kindern, Brüdern und Schwestern unter einander Statt findet, die Rechtswohlthat der Competenz bey den Römern gerechtfertigt hat. — Die *L.* 63 *D. pro socio* in den Worten: *fraternitatis loco*, giebt aber hier nebst den Gesetzen, die das nahe Verhältniss zwischen den eben gedachten Personen bestimmen, die alleinige Unterstützung. [g])

Die Rechtswohlthat der Competenz steht ferner 4. dem Patrone, dessen Frau, seinen Kindern und Aeltern gegen die Freygelassenen zu, wenn sie von diesen gerichtlich besprochen werden. Der Grund davon ist die Dankbarkeit, wozu die Freygelassenen dieser Personen verpflichtet sind. [h])

Auch 5. der Ehemann kann nur wegen des Brautschatzes „*in id, quod facere potest*," ausgeklagt werden. [i]) Die *L.* 20 *D. de re iudicata* ertheilt ihm

f) Dies thut z. B. *Hellfeldt*, *c. l.*, §. 8.

g) *L.* 17 *D. de re iudicat.*

h) *L.* 17 *D. de re iud.*: — Item maritus de dote in id, quod facere potest, convenitur.

i) Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest, condemnandus est ex Divi Pii Constitutione. Quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio. — *Pet. Burgius*, *Elector.* XIX, in *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, I, 341, meint, dass die in diesem Gesetze erwähnte Constitutio D. Pii dieselbe sey, wodurch den Schenkern die Rechtswohlthat der Competenz zugeeignet worden; welches mir auch um so wahrscheinlicher ist, als diese Constitution allgemein

die Competenz ſogar auch alsdann, wenn er zwar nicht wegen des Brautſchatzes, doch aus andern Gründen von der Frau in Anſpruch genommen wird, und dehnt die dem Manne verliehene Rechtswohlthat zugleich mit auf die Frau aus. [k]) Das genaue Verhältniſs zwiſchen Mann und Frau, welches auch die Römer bey ihren, in neuern Zeiten ſonſt ziemlich laxen, Begriffen vom Ehebande ſehr gut anerkannten, ſcheint mir von der wechſelſeitigen Competenz der Ehegatten die alleinige Urſache zu ſeyn. In der *L.* 12 *D. ſoluto matr.* wird dem Ehemanne gleichfalls die Rechtswohlthat der Competenz, jedoch nur mit Hinſicht auf den Brautſchatz, zugeeignet, und in der *L.* 14 *D. eod.* die Verzichtleiſtung deſſelben auf dieſe Rechtswohlthat für ein *pactum contra bonos mores, et contra reverentiam, quae maritis exhibenda eſt*, erklärt. [l])

Ein ähnlicher Grund veranlaſste auch die Römer, 6. dem Schwiegervater die Competenz zuzugeſtehen, wenn er von dem Schwiegerſohne wegen des Brautſchatzes in Anſpruch genommen wurde. — Die vorzüglichſten Geſetzſtellen, worin ſich dieſes Privilegium des Schwiegervaters gründet, ſind *L.* 21 und 22 *D. de re iudicata.* In dem erſtern Geſetze heiſst es: *Sicut autem cum marito agitur, ita et cum ſocero, ut non ultra facultates damnetur. An ſi cum ſocero ex promiſſione dotis agatur in id, quod facere poteſt, damnandus ſit, quod et id aequum eſſe videtur; ſed alio iure utimur, ut et Neratius ſcribit*; und in dem letztern: *Sed hoc ita accipiendum eſt, ſi a ſocero dos ex promiſſione petatur ſoluto matrimonio, verum ſi manente matrimonio dos ab eo petatur, ſuccurrendum utique eſt, ut ne maioris ſummae condemnetur, quam quantum facere poteſt.* In dem erſtern Geſetze kommt am Ende in den Worten: *ſed alio iure utimur*, eine Verſetzung der Worte vor, wodurch der Sinn ganz entſtellt wird. Daſs die Competenz des Schwiegervaters jünger iſt, als die des Schwiegerſohns, iſt keinem Zweifel unterworfen. Die Ausdehnung der dem Schwiegerſohne zugeſtandenen Competenz

das *Beneficium competentiae* beſtimmte und es über die urſprünglichen Grenzen hinaus ausdehnte. Vergleiche übrigens noch über dieſes Geſetz *Cuiac. Oper.*, IV, 594; *Merillii Obſerv.*, Oper. 231; und *Pacii* Ἐναντ., Cent. IX, Qu. 52.

k) Vergleiche über dieſes Geſetz *P. Bugnyon Leg. abrogat.*, I, 598.

l) Vergl. hier *Nic. de Paſſerib. LL. conciliat.*, 410. *Fabri Coniectur.*, 75 ſeq. *d'Eſpeiſſes Oeuv.*, I, 258.

auf den Schwiegervater gab zu einem Disſens unter den Römiſchen Juriſten Veranlaſſung. *Neratius* und *Proculus* hielten es für gerecht und billig, daſs dem Schwiegervater die Competenz eben ſo wie dem Schwiegerſohne zugeſtanden wurde, wenn er aus einem Verſprechen wegen des Brautſchatzes verklagt wurde. *Labeo* hingegen blieb bey den Grundſätzen des ältern Rechts, daſs der Schwiegervater auf das Ganze verurtheilt werden müſſe. — Die ſpätern Juriſten gingen, wie in mehrern andern Fällen, auch hier die Mittelſtraſse, und nahmen an, daſs man unterſcheiden müſſe: ob der Schwiegervater auf die Entrichtung des verſprochenen Brautſchatzes noch bey ſtehender Ehe, oder nach Beendigung derſelben belangt werde. Im erſtern Falle geſtanden ſie ihm die Rechtswohlthat der Competenz zu; im letztern aber nicht, weil durch die Aufhebung der Ehe das nahe Verhältniſs weggefallen war, das die Zuſtändigkeit dieſer Rechtswohlthat nur rechtfertigen konnte.

Die Worte in der *L.* 21 *D. de re iud.: ut et Neratius ſcribit,* müſſen unmittelbar nach: *quod et id aequum eſſe videtur*, ſtehen. — Die Worte: *ſed alio iure utimur,* deuten auf die Zeiten des *Paulus*, aus deſſen *Libr. VI. ad Plautium* das Fragment genommen iſt, hin. Das Unbeſtimmte, was in dieſen Worten liegt, wird durch die *L.* 22 *D. de re iudic.*, ein Fragment aus *Pomponius Libr. XXI ad Quint. Muc.*, näher beſtimmt. — Vielleicht ging das Fragment aus *Paulus* nicht weiter, oder es fanden auch die Compilatoren der Pandecten das deutlicher, was ſie uns aus *Pomponius* über die Sache gegeben haben.

Ich muſs dabey noch bemerken, daſs die Vorſtellung, ſo wie ſie die *L.* 21 *D. de re iudicat.* enthält, überall ſehr dunkel iſt, und daſs es nach den Anfangsworten: *Sicut autem* etc., mit Beziehung auf die hinterher folgende Frage: *An ſi cum ſocero* etc., ſcheint, als wenn man dem Schwiegervater unſtreitig die Competenz in allen Fällen, wo er auſser dem Falle des verſprochenen Brautſchatzes von dem Schwiegerſohne belangt wurde, zugeſtanden habe. Noch mehr nähert ſich dieſer Schein der Wahrheit, wenn man in der *L.* 16 *D. ſoluto matrim.* den Grund lieſ't, warum dem Schwiegervater, wenn er auf die Entrichtung des Brautſchatzes belangt wird, die Rechtswohlthat der Competenz zugeſprochen wird: *quia parentis locum ſocer obtinet,* — ein Grund, der es ſehr gut rechtfertigen würde, wenn man dem Schwiegervater durchaus die Rechtswohlthat der

Competenz zugeſtehen wollte. Da indeſs alle übrige Geſetze, die dem Schwiegervater die Competenz zubilligen, ſolche ganz beſtimmt auf die Anforderung des Brautſchatzes einſchränken, ſo halte ich dafür, daſs man ſolche nicht auf andere Anforderungen ausdehnen dürfe, ſo gut ſich auch ſolches ſonſt aus dem Fragmente des *Paulus* rechtfertigen lieſse. Was mich beſonders zu dieſer Behauptung beſtimmt, iſt der Umſtand, daſs, wie oben bemerkt worden iſt, eine Verſetzung der Worte in dieſem Fragmente vorkommt, und man nicht wiſſen kann, in welcher Verbindung die Stelle mit den vorher gehenden geſtanden hat, und ob die Compilatoren der Pandecten nicht einen nothwendigen Vorder- oder Zwiſchenſatz ausgelaſſen haben.

Auch 7. dem Schenker wird die Rechtswohlthat der Competenz zugeſtanden, wenn er von dem Schenknehmer ausgeklagt wird. [m]) Der Grund iſt hier kein anderer, als die Dankbarkeit, wozu der Schenknehmer dem Schenker verpflichtet iſt. Da die Geſetze in Anſehung einzelner Schenkungen keine Ausnahme machen, ſondern ganz allgemein reden, ſo möchte es ſcheinen, als wenn auch der Schenknehmer einer remuneratoriſchen und nothwendigen [n]) Donation dem Schenker auf die Competenz verpflichtet ſey. Allein nothwendige Schenkungen können ſo ſchon überall nicht nach den Grundſätzen von der Donation beurtheilt werden, und bey den remuneratoriſchen Schenkungen iſt die Verpflichtung des Schenknehmers gegen den Schenker nicht ſo groſs, daſs man füglich von den Geſetzen, die die Rechtswohlthat der Competenz bey Schenkungen anerkennen, Gebrauch machen könnte. [o]) — Ich halte daher dafür, daſs man, im Geiſte des Römiſchen Rechts, die Competenz auf die ſo genannte *Donatio ſimplex* einſchränken müſſe.

Die Geſetze geſtatten ferner 8. den Soldaten [p]) die Rechtswohlthat der Competenz, wenn ſie Schulden halber ausgeklagt werden. [q]) Es verſteht ſich

m) *L.* 19, §. 1 *D. de re iudicat.*: Is quoque, qui ex cauſa donationis convenitur, in quantum facere poteſt, condemnatur. — —

n) Ich verſtehe darunter eine Entrichtung, die nach dem Herkommen und Gewohnheitsrechte gefordert werden kann, und nur dem Nahmen nach eine Schenkung iſt.

o) *S. Meerſen* D. *de beneficio competentiae donatoris.* Trai. ad Rhen. 1724.

p) *L.* 6 *D. pr. de re iudicata*: Miles, qui ſub *armata militia* ſtipendia meruit, condemnatus, eatenus qua facere poteſt, cogitur ſolvere. *L.* 18 *D. eod.*

q) Vergleiche *G. Werndorff* D. *nonnulla ad militiam ſagatam et togatam ſpectantia Capita*, p. 15.

aber ſolches nur unter der Einſchränkung, welchen allen ſoldatiſchen Privilegien eigen iſt, da ſie mit dieſen völlig einerley Grund hat, und können daher verabſchiedete Soldaten, ſie mögen einen ehrenvollen Abſchied erhalten haben oder nicht, durchgehends davon keinen Gebrauch machen. — Da über dies das Geſetz die Competenz ausdrücklich auf *militiam armatam* einſchränkt, ſo kann man ſie, ohne dem Geiſte des Geſetzes zuwider zu handeln, nicht wohl auf *militiam togatam* ausdehnen.

Endlich wird auch 9. die Rechtswohlthat der Competenz einem Hausſohne, wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, von den Geſetzen zugeſtanden, wenn er nach beendigter väterlicher Gewalt von den Gläubigern ausgeklagt wird. r) Es kommt dabey nichts darauf an, wie die väterliche Gewalt ein Ende genommen hat, durch die Emancipation, Adoption, oder *ipſo iure*; s) es iſt auch einerley, ob die Verwendung in das Vermögen des Hausvaters oder in das Peculium des Hausſohns geſchehen iſt: nur darf der Hausſohn den Hausvater nicht, oder doch nicht beträchtlich, beerbt haben, t) und über dies die Verbindlichkeit nicht aus einer unerlaubten Handlung, (*ex delicto*,) herrühren. u)

Der Grund dieſer dem Hausſohne zugeſtandenen Competenz iſt kein anderer als der, daſs ein junger und angehender Staatsbürger nicht ruinirt werden ſoll, welches ohne allen Zweifel geſchehen würde, wenn er auf das Ganze ſofort ſollte ausgeklagt werden können. Darum darf er auch die Competenz nicht vorſchützen, wenn er nicht ſofort v) nach Beendigung der väterlichen Ge-

r) Ait Praetor: In eius, qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abstinuit ſe hereditate eius, cuius in poteſtate, cum moritur, fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in poteſtate eſſet, ſive ſua voluntate ſive iuſſu eius in cuius poteſtate erit, contraxerit, ſive in peculium ipſius, ſive in patrimonium eius, cuius in poteſtate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem cauſa cognita dabo *in id, quod facere poteſt.*

s) *L.* 2, §. 1 *D. quod cum eo.*

t) *L. c.*, in den Worten: ſi quis ex *minima parte* ſit inſtitutus. *L.* 4 *pr. eod.*

u) *L.* 4, §. 2 *D. eod.*

v) *L.* 4 *cit.*, §. 4: Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut ſi quidem *ex continenti* cum filio agatur, detur actio in id, quod facere poteſt, ſin vero *poſt multos annos* non debeat indulgeri? Et mihi videtur rationem habendam eſſe, in hac enim cauſae cognitio vertitur.

walt, sondern erst nach mehrern Jahren von den Gläubigern in Anspruch genommen wird.

So viel über die Personen, welchen die Gesetze die Rechtswohlthat der Competenz zugestehen. w) Es sey mir noch erlaubt, mich über diese Rechtswohlthat selbst ausführlicher zu verbreiten und die davon geltenden allgemeinen Grundsätze anzugeben.

I. Die Rechtswohlthat der Competenz kommt, nach dem Beyspiele aller Rechtswohlthaten, nur denjenigen Schuldnern zu Statten, welche sich keines Betrugs gegen ihre Gläubiger, und überall keiner böslichen Verschleuderung ihres Vermögens schuldig gemacht haben. — Durchgehends, x) wo die Gesetze von der Rechtswohlthat der Competenz reden, setzen sie solches als nothwendige Bedingung voraus, unter welcher ein Schuldner darauf nur soll Anspruch machen können.

II. Es ist, wie auch schon zu Anfang dieses Kapitels bemerkt worden ist, die Rechtswohlthat der Competenz nur gegen diejenigen Gläubiger wirksam, wider welche sie nahmentlich und ausdrücklich verliehen worden ist. — Die andern Gläubiger werden daher dadurch nicht behindert, sich gegen den Schuldner aller gesetzlichen Strenge zu bedienen. y)

III. Die Rechtswohlthat der Competenz wird dadurch nicht aufgehoben, wenn der Schuldner sein Vermögen geradezu den Gläubigern abgetreten hat, ohne sich gegen diejenigen die Competenz vorzubehalten, wider welche ihm solche zuständig ist, es wäre denn, daſs das abgetretene Vermögen bereits von den Gläubigern, vermöge des ihnen durch die Cession daran erworbenen Rechts, wäre veräussert worden. z) Denn wenn es gleich scheinen möchte,

w) In der *L.* 19, §. 1 *D. de re iudic.* kommt zwar auch noch ein Fall vor, wo es scheint, als wenn von der Rechtswohlthat der Competenz die Rede wäre, wo aber bey genauer Prüfung solche nicht vorhanden, sondern von etwas ganz anderm die Rede ist. Es heiſst hier: Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo nec totum, quod habet extorquendum ei, puto: sed et ipsi ratio habenda est, ne *egeat.*

x) Vergleiche z. B. *L.* 22, §. 1 *D. de re iudic.*; *L.* 2 *D. quod cum eo* etc.

y) Von dem Verhältnisse eines solchen Gläubigers, der dem Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz zugestehen muſs, wider die übrigen, werde ich weiter unten reden.

z) *Hellfeldt*, *l. c.*, §. XXVII.

als wenn jetzt die Competenz darum dem Schuldner nicht mehr gestattet werden dürfte, weil diese Rechtswohlthat keine Klage, sondern blos eine Einrede hervor bringt, und vermöge einer Einrede die von den Gläubigern bereits in Besitz genommenen Güter des Schuldners nicht mehr zurück gefordert werden können: so unterstützen doch die *L.* 3 und 5 *D. de cess. bonor.* die obige zum Vortheile der Schuldner gewagte Behauptung, nach welchen beyden Gesetzen der Schuldner, so lange sein abgetretenes Vermögen von den Gläubigern noch nicht veräusert worden ist, sich vertheidigen, und entweder durch die Bezahlung der Schulden, oder dadurch, dass ihn ein anderer vertritt, oder endlich auch durch zu Recht beständige Ausflüchte, sein Vermögen ganz oder zum Theil wieder den Gläubigern aus den Händen spielen kann. Es muss ihm daher auch frey stehen, noch durch Vorschützung der Rechtswohlthat der Competenz sich gegen gänzliche Dürftigkeit zu sichern.

IV. Wie viel dem Schuldner, wenn er die Rechtswohlthat der Competenz vorschützt, von seinem Vermögen gelassen werden muss, bestimmen die Gesetze nicht genau. — Es heisst blos im Allgemeinen, es solle darauf von Seiten des Richters Rücksicht genommen werden: *ne egeat debitor;* [a]) und darauf beziehen sich auch alle Gesetze, die unter Voraussetzung der Competenz das Ausklagen des Schuldners nur *in tantum quantum facere potest* gestatten. So unbestimmt also auch die Gesetze den Hauptpunct lassen, worauf es bey der Competenz eigentlich ankommt, so folgt doch aus ihrer allgemeinen Aeusserung so viel, dass kein Schuldner vermöge der Rechtswohlthat der Competenz auf standesmässige Alimente Anspruch machen darf, sondern mit den zum Lebensbedürfnisse gehörigen schon zufrieden seyn muss.

V. Die Rechtswohlthat der Competenz wird nach dem Beyspiele der übrigen Rechtswohlthaten niemanden aufgedrungen, sondern muss von dem Schuldner nachgesucht werden. Die Nachsuchung geschieht, um mich im Geiste des Römischen Rechts auszudrucken, *per modum exceptionis*, und kann

a) *L.* 19, §. 1 *D. de re iud. L.* 30 *D. eod.*, wo die Worte: ut *vix* quicquam ei in bonis relictum sit; besondere Aufmerksamkeit verdienen. — Siehe auch *L.* 173 *D. de reg. iur.*

von dem Schuldner, selbst noch im Executions-Termine, die Competenz vorgeschützt werden. b) — Uebrigens ist es dem Schuldner erlaubt, darauf als auf eine blofs zu seinem Besten eingeführte Rechtswohlthat Verzicht zu leisten.

VI. Die Gesetze nehmen eine doppelte Art von Competenz an. Die eine, als die gewöhnliche, steht den Schuldnern gegen die Gläubiger zu: *non deducto aere alieno.* Die andere findet Statt: *deducto aere alieno*, aber als grofse Ausnahme von der Regel; denn nach der deutlichen Verordnung der *L.* 19, §. 1 *D. de re iud.* soll nur allein der Schenker darauf Anspruch machen können.

Wenn ich hier zwey Arten der Competenz von einander unterscheide, so geschieht das nicht in der Absicht, um eine eigne besondere Eintheilung dieser Rechtswohlthat dadurch zu begründen, denn sie bleibt dieses Unterschiedes ungeachtet im Grunde immer Eine und eben dieselbe. — Die alleinige Absicht dabey ist, zu zeigen, dafs, wenn der Schuldner bey den Römern sich auf die Competenz berief, nach den Umständen ein verschiedenes Verfahren gegen ihn Statt fand.

Der Regel nach erlaubte man keinem Schuldner, das, was er andern schuldigte, abzuziehen, oder in Abrechnung zu bringen, sondern man sah blofs auf den Betrag der Forderung des Gläubigers, gegen welchen er die Competenz gebrauchte und gebrauchen konnte, und was der Schuldner von seinem gegenwärtigen noch vorhandenen Vermögen entbehren konnte, ohne zu darben. Blofs in Absicht des Schenkers machte man eine Ausnahme. — Diesem erlaubte man, zuvörderst in Abrechnung zu bringen, was er andern schuldig war, nur mufsten solche Schulden aus andern Gründen, und nicht gleichfalls aus Schenkungen herrühren. Die *L.* 19, §. 1 *D. de re iudic.* bestimmt dieses Vorrecht des Schenkers nur im Allgemeinen, genauer wird es hingegen in der *L.* 12 *D. de donat.* geschildert. Hier heifst es: *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto Divi Pii in quantum facere potest, convenitur: sed enim id quod creditoribus debetur, erit detra-*

b) *L.* 7. *pr. D. de except. L.* 17, §. 1 *D. soluto matr.*

hendum: haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debet detrahere.

Es belohnt wohl die Mühe, zu untersuchen, warum man eben dem Schenker, und nicht auch andern Schuldnern, wenn sie sich auf die Competenz beriefen, das, was sie andern schuldig waren, abzuziehen verstattete, zumahl, da Verhältnisse bey der Rechtswohlthat der Competenz vorkommen, die noch fast enger sind, als das zwischen dem Schenker und Schenknehmer, z. B. bey Aeltern und Kindern, Ehegatten u. s. f. — Allein der wahre Grund von dieser Ausnahme zum Besten des Schenkers ist nicht in dem nahen Verhältnisse, noch in der Dankbarkeit, noch in einem andern Grunde aufzusuchen, der die Gesetzgeber zur Einführung der Rechtswohlthat der Competenz bestimmte, sondern lediglich in der Natur der Donation. — Wer nämlich etwas schenkt, von dem muss man annehmen, dass er nur das habe schenken wollen, was nach Abzug der Schulden, womit bereits sein Vermögen belastet ist, übrig bleibt; und wenn wir auch von dem Hasse, den die Römischen Gesetzgeber überall gegen die Schenkungen hegten, absehen, c) so hatten doch schon nach der Natur der Sache die Forderungen anderer Gläubiger den Vorzug, und verdienten denselben mit Recht. — Das freylich, was der Schuldner nebenher noch verschenkt hatte, was folglich mit der Forderung des jetzt klagenden Schenknehmers in gleichem Verhältnisse stand, konnte nicht in Betrachtung kommen und von dem Schuldner nicht mit abgerechnet werden. d)

Man wird bey diesen Verfügungen der Römischen Gesetze nothwendig auf die Frage geleitet: Welches war das Verhältniss der übrigen Gläubiger, desjenigen Gläubigers, dem die Competenz entgegen gesetzt wurde, und des Schuldners selbst, unter und gegen einander, wenn der Fall eintrat, dass mehrere Gläubiger gegen den Schuldner klagten? Denn es leuchtet beym ersten

c) Vergleiche hier *Chr. Fr. Stisser*, (*Pr. H. I. O. König.*) *de donationis natura ac indole.* Hal. 1799.

d) Es ist daher falsch, was *Stisser* in der eben angeführten Dissertation, S. 29, über dieses Vorrecht des Schenkers sagt: Imperator enim donatori qua tali beneficium tribuit, ut *detractis omnibus eiusdem argumenti debitis* in tantum condemnari queat, quantum facere potest. — Vergleiche übrigens *Godofred* in *Oper.*, p. 894.

Anblicke ein, dafs in den Römifchen Gefetzen, wo von der Competenz die Rede ift, und befonders, wo es heifst, dafs diefe Rechtswohlthat der Regel nach nur *non deducto aere alieno*, und blofs bey der Donation *deducto aere alieno* Statt finden foll, immer der Fall unterftellt wird, wo nur ein Gläubiger, und zwar der klagbar geworden ift, gegen den der Schuldner die Competenz gebrauchen kann.

Wenn alle Gläubiger eines Schuldners klagten, und alle demjenigen Gläubiger, welchem der Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz entgegen fetzen konnte, vorgingen, fo verftand es fich von felbft, dafs *deductio aeris alieni* auch da Statt finden mufste, wo fie fonft nach den vorhin bemerkten Grundfätzen nicht Statt hatte. Was in Anfehung aller Gläubiger Statt fand, mufste auch verhältnifsmäfsig in Anfehung einiger Statt finden, die zugleich mit demjenigen Gläubiger den Schuldner angriffen, gegen welchen die Rechtswohlthat der Competenz vorgefchützt werden konnte. Hatte hingegen derjenige Gläubiger den Vorzug, wider welchen der Schuldner fich mit der Ausflucht der Competenz fchützen konnte und wirklich fchützte, fo durfte das, was ihm zu feinem nothwendigen Lebensunterhalte übrig blieb, hernach nicht von den andern Gläubigern verfchlungen werden, weil es ohne die Competenz eine Beute des erften Gläubigers geworden feyn würde, und diefem noch ein Vorrecht darauf zuftand, das lediglich wegen der Competenz in den Ruheftand verfetzt war. — Daraus fliefst denn von felbft, was Statt finden mufste, wenn der Schenknehmer mit mehrern andern Gläubigern, die aber nicht auch Schenknehmer waren, den Schenker ausklagte.

So viel im Allgemeinen über eine Rechtswohlthat, die nicht fo wohl dem Nahmen, als vielmehr der Sache nach in den Römifchen Gefetzen ihren Grund hat. — Es verfteht fich übrigens von felbft, dafs, wenn der Schuldner zu beffern Vermögensumftänden gelangt, der Gläubiger, welcher durch die Vorfchützung der Rechtswohlthat der Competenz behindert worden ift, zu feiner völligen Befriedigung zu gelangen, allerdings berechtigt ift, ihn von neuem in Anfpruch zu nehmen, und fich das ihm noch Fehlende zu verfchaffen. Indefs mufs auch dabey die Mäfsigung Statt haben, von welcher ich oben bey der *Ceffio bono-*

rum gesprochen habe. Uebrigens scheint mir *Hellfeldts* e) Behauptung zu gewagt, der nach Anleitung der Nov. 135, Kap. 1, annimmt, daſs der Schuldner, bevor er zum Genuſſe der Competenz zugelaſſen worden, einen Eid habe ſchwören müſſen, daſs er nicht durch ſeine Schuld, ſondern lediglich durch Unglücksfälle in Vermögensabnahme gerathen ſey: denn die eben gedachte Novelle kennt ſelbſt bey der *Ceſſio bonorum* nicht einmahl eine ſolche Eidesleiſtung, ſondern der darin angeordnete Eid hat eine ganz andere Beziehung, wie ich oben gezeigt habe.

Es ſey mir nun noch erlaubt, am Ende dieſer Lehre eine Schluſsanmerkung über ſämmtliche bisher abgehandelte Rechtswohlthaten der Schuldner, die ihnen in den neuern Zeiten der Römiſchen Geſetzgebung verliehen wurden, hinzu zu fügen. — Die meiſten dieſer Privilegien ſind in ſo fern reell, daſs auch der Erbe des Schuldners zum Genuſſe derſelben zugelaſſen wird. Nur das Moratorium und die Competenz müſſen als ganz perſönliche Privilegien angeſehen werden, auf die der Erbe durchaus nicht Anſpruch machen darf. f) Daher denn auch natürlich die Erben des Schuldners beym Moratorio ſich die dem Erblaſſer noch übrige Zeit nicht zu Nutze machen, wohl aber für ſich ſelbſt ein Moratorium nachſuchen können, wenn rechtmäſsige Urſachen dazu vorhanden ſind. g) Gewiſſer Maſsen kann auch die Rechtswohlthat der Güterabtretung in ſo fern wie ein perſönliches Privilegium betrachtet werden, als die damit verbundene Competenz wegen der in Zukunft erworbenen Güter bloſs auf die Perſon des Schuldners, welcher ſich derſelben bedient hat, eingeſchränkt iſt.— In Abſicht der erzwungenen Nachſicht bin ich der Meinung, daſs ſolche auch dem Erben des Schuldners zu Statten kommen müſſe, ob ſich gleich die Geſetze darüber nicht deutlich erklären. Denn 1. iſt ſolche von dem Moratorio als einer Rechtswohlthat, wie ich bereits oben gezeigt habe, ganz verſchieden, und können daher die von dieſem geltenden Grundſätze nicht darauf angewendet werden. Und 2. muſs ſolche nach der Theorie von Verträgen beurtheilt werden, deren

e) *L. c.*, §. 8.

f) *L.* 24, §. 1 *D. de re iudic.*: Si maritus ſolvendo non fuerit, licet ipſi marito proſit, quod facere non poteſt, id enim perſonae mariti praeſtatur, heredi eius hoc non prodeſt. *L.* 25 *eod.*: Sciendum eſt, heredes earum perſonarum non in id, quod facere poſſunt, ſed in integrum teneri.

g) *Böhmer Exercit. ad D.*, III, p. 179.

Wirkung der Regel nach immer auf die Erben übergeht, wenn solches die Gesetze in dem einen oder dem andern Falle nicht ausdrücklich untersagen. Daſs der dabey vorkommende Zwang, welcher sonst den Verträgen zuwider ist, nichts zur Sache thue, werde ich weiter unten, in der Theorie von den Nachlaſsverträgen, noch besonders zeigen.

In Ansehung der Erben hat es also nicht die mindeste Schwierigkeit, wenn von der Beantwortung der Frage die Rede ist: ob und in wie fern sich diese der ihren verschuldeten Erblassern verliehenen Rechtswohlthaten bedienen können. Allein desto mehr Schwierigkeiten zeigen sich, wenn man diese Frage auf denjenigen bezieht, der für die Schuldforderung gut gesagt oder sein Vermögen dafür verpfändet hat. — Wir können uns bey der Untersuchung dieser Frage auf die *Cessio bonorum*, das Moratorium, die erzwungene Nachsicht und die Rechtswohlthat der Competenz einschränken, da sich die Beantwortung derselben in Absicht der übrigen oben abgehandelten Rechtswohlthaten von selbst ergiebt.

Wegen der Rechtswohlthat der Competenz haben wir deutliche Gesetze, nach welchen solche dem Bürgen durchaus nicht gestattet werden soll. *Et si,* (heiſst es in der *L.* 24 *D. de re iudic.*,) *fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere potest, condemnanda est.* — Was hier wegen der Bürgschaften verordnet worden ist, muſs auch von der Verpfändung der Güter nothwendig gelten, da hier ein gleicher Grund vorhanden ist. — Man kann auch, bey so deutlicher Verordnung der Gesetze, nicht einwenden, daſs unter solchen Umständen dem Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz zu nichts nutze, da der von dem Gläubiger, welchem der Schuldner die Competenz entgegen gesetzt hat, hierauf ausgeklagte Bürge sofort seinen Regreſs wieder gegen den Schuldner nehmen, und da er diesem keine Competenz zuzugestehen braucht, wenn er nicht mit ihm ebenmäſsig in einem solchen Verhältnisse steht, das diese Rechtswohlthat begründet, ihm dasjenige wieder entziehen könne, was ihm der Gläubiger wegen der vorgeschützten Competenz habe lassen müssen.

Gleicher Gestalt ist es auch durch deutliche Gesetze entschieden, [h]) daſs die *Cessio bonorum* ihre Wirkung nicht auf den Bürgen ausdehnen soll. — In einem

h) *L.* 7 *D. qui bon. ced.*

Zeitalter, in welchem der Bürge das *Beneficium excussionis* noch nicht hatte, konnte die von dem Schuldner geschehene Güterabtretung schon an sich dem Gläubiger nicht entgegen stehen, wider den Bürgen den Regreſs zu nehmen, wenn er von dem Schuldner seine volle Befriedigung nicht erhielt. — Und nach Einführung dieser Rechtswohlthat hat es gleichfalls kein Bedenken, daſs der Gläubiger sich an den Bürgen halten könne, wenn er aus dem abgetretenen Vermögen nicht das Seinige vollständig erhält. Ein Mahl wird ja die Verbindlichkeit des Schuldners durch die *Cessio bonorum* nicht aufgehoben, sondern nur suspendirt. Und dann zweytens ist ja der Fall vorhanden, wo das dem Bürgen verliehene *Beneficium excussionis* seine Kraft und Wirkung verliert, indem es doch ganz einerley ist, ob der Gläubiger von dem Schuldner wegen Unvermögens nichts erhalten kann, oder deſswegen nicht, weil die Gesetze dem Schuldner die Competenz in Ansehung des nach der *Cessio bonorum* erworbenen Vermögens beygelegt haben, wozu noch kommt, daſs ja dieses neue Vermögen noch nicht sogleich vorhanden ist, und daher der Schuldner in den meisten Fällen auch ohne die Competenz insolvent seyn würde.

Schwieriger ist allerdings die Beantwortung der Frage: ob das *Beneficium moratorii* zusammt der erzwungenen Nachsicht nicht auch dem Bürgen zu Statten komme; zumahl, da solche in keinem Gesetze entschieden ist und auch die bey der *Cessio bonorum* gebrauchten Entscheidungsgründe hier nicht durchgehends passen.

Was zuvörderst das *Beneficium moratorii* betrifft, so meint Böhmer,[i] daſs dasselbe, als eine ganz persönliche Rechtswohlthat der Schuldner, dem Bürgen zwar nicht gestattet werden dürfe, daſs aber doch derselbe sich mit der ihm nach dem neuern Rechte verliehenen Rechtswohlthat der Excussion helfen könne. Da indeſs die *Exceptio excussionis* wegfalle, wenn der Schuldner entweder gar nicht oder doch nur mit Schwierigkeit belangt werden kann, so könne sich eigentlich der Bürge weder directe noch indirecte helfen, sondern müsse den gegen ihn klagenden Gläubiger, der dem Schuldner gestatteten Nachsicht ungeachtet, befriedigen.

Allein so wichtig auch diese Gründe scheinen, so glaube ich doch, daſs man die Wirkungen des von dem Schuldner erlangten Moratorii füglich auf den

i) *L. c.*

Bürgen ausdehnen könne, und im Geiste des Römischen Rechts ausdehnen müsse. Es hat freylich seine Richtigkeit, dass das *Beneficium moratorii* an und für sich selbst als ein ganz persönliches Privilegium nicht dem Bürgen zu Statten kommen könne; — aber die ihm nach dem neuern Rechte verliehene *Exceptio excussionis* muss denselben von der Zahlung befreyen, wenn der Schuldner ein Moratorium erlangt hat. Alles kommt hier auf die Eigenschaft des den Bürgen verliehenen *Beneficii excussionis*, und darauf an, dass gezeigt werde, es können die Gründe nicht passen, wegen deren oben die Zuständigkeit des *Beneficii excussionis* bey der *Cessio bonorum* dem Bürgen abgesprochen worden ist.

Die Rechtswohlthat der Vorausklage kommt dem Bürgen nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze [k]) nur unter der Voraussetzung zu Statten, wenn der Hauptschuldner überall nicht Zahlung leisten kann, oder doch das Ausklagen desselben mit Schwierigkeiten für den Gläubiger verbunden ist. — Nur den erstern Fall brauchen wir hier etwas weiter zu verfolgen. — Kann daher der Schuldner noch Zahlung leisten, so muss sich der Gläubiger zuvörderst mit ihm einlassen, und gegen ihn sein Recht verfolgen. Hier muss er abwarten, welche Einreden ihm der Schuldner entgegen setzt, wie er solche rechtfertigt, und wie lange derselbe durch Einwendung erlaubter Rechtsmittel die Verurtheilung abhält. Erst dann, wenn die Verurtheilung des Schuldners rechtskräftig erfolgt ist, wenn nun bey der Execution der Gläubiger nichts erhalten kann, ist er befugt, den Bürgen in Anspruch zu nehmen, es wäre denn, dass er früher und überall, ehe er zur Klage schritt, nachweisen könnte, dass gar kein Object der Execution vorhanden sey, und der Schuldner die Forderung geradezu eingestünde.

Hiernach ist es ausgemacht, dass der Gläubiger alle dilatorische so wohl als peremtorische Einreden, die ihm der Schuldner entgegen setzt, respectiren, und nicht mit Vernachlässigung derselben auf den Bürgen losgehen kann. In Absicht der peremtorischen Einreden ergiebt sich die Sache von selbst, da es von der Erörterung derselben abhängt, ob überall der Bürge zur Zahlung gehalten ist; und wegen der dilatorischen bedarf es auch nicht erst einer weitläufti-

k) *Nov.* 4, *C.* 1: Si vero *intercessor*, aut *mandator*, aut qui *sponsioni* se *subiecerit*, *adsit*, *principalem* vero *abesse* contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio, cum possit mox intercessorem, aut mandatorem, aut sponsorem exigere. — — —

gen Ausführung, da ſie mit zum Prozeſſe gehören, den der Gläubiger zuvörderſt gegen den Schuldner einſchlagen muſs.

Daſs die Ausflucht des Moratorii, die doch der Schuldner, wenn er ein Moratorium erhalten hat, dem Gläubiger entgegen ſetzen kann, zu den dilatoriſchen Einreden gehöre, wird niemand in Abrede ſtellen. Es muſs daher von ihr eben das gelten, was von andern dilatoriſchen Exceptionen gilt. Muſs nun aber der Gläubiger dieſe Einrede reſpectiren, und kann er ſein Recht, während der Zeit, durch welche das Moratorium dauert, nicht weiter gegen den Schuldner verfolgen, ſo kann er auch nicht den Bürgen in Anſpruch nehmen, weil dieſem immer das *Beneficium excuſſionis* offen bleibt. Freylich kommt das Moratorium immer dem Bürgen nicht direct zu Statten, aber indirect erſtreckt es doch auch ſeine Kraft und Wirkung auf ihn.

Man kann dawider nicht einwenden, daſs der Fall, wovon die Rede iſt, zu denjenigen gehöre, wo das Ausklagen des Schuldners mit Schwierigkeiten verbunden iſt. Die Geſetzgeber dachten bey Einführung des Moratorii daran nicht. Sie hatten bloſs den Fall vor Augen, wo der Schuldner ſich mit Fleiſs entfernt hatte, um dem Gläubiger nicht in die Hände zu fallen; oder zur Zeit, da die Schuld fällig war, ſich abweſend befand; oder ſonſt Umſtände da waren, die es bewirkten, daſs man ihm den Prozeſs nicht ſo gut als dem Bürgen machen konnte. — Und überall würde ja im entgegen geſetzten Falle der Bürge bey jeder Dilation, die dem Schuldner von dem Richter etwa ertheilt würde, eben ſo gut ſofort in Anſpruch genommen werden können. Das Moratorium iſt auch weiter nichts als eine Dilation, die nur der Richter darum nicht ertheilen kann, weil ſie über die gewöhnlichen Friſten hinaus geht, und ſeine Befugniſs ſich nicht weiter erſtreckt, als es die Geſetze vorſchreiben.

Man kann ferner auch nicht dawider erinnern, daſs ja die Geſetze die Rechtswohlthat der Competenz und der *Ceſſio bonorum* als ein perſönliches Privilegium nicht auf den Bürgen ausgedehnt wiſſen wollten, und das Moratorium gleichfalls ein perſönliches Privilegium ſey. Fürs erſte haben bey jenen Rechtswohlthaten die Geſetze ausdrücklich verordnet, daſs ſie dem Bürgen nicht zu Statten kommen ſollen. Dann zweytens aber iſt auch hier nicht davon die Rede, daſs das Moratorium ſelbſt auf den Bürgen erſtreckt werden ſoll, ſondern lediglich davon, daſs er ſich des *Beneficii excuſſionis* mit Hinſicht auf das Mo-

ratorium des Schuldners zu erfreuen haben müsse, weil die daraus entspringende Einrede auch ihm i n d i r e c t zu Statten kommt und zu Statten kommen muss. Ueberall passt auch die analogische Anwendung von dem *Beneficio competentiae* und *cessionis bonorum* hier nicht. Denn jene Rechtswohlthaten bringen den Gläubiger in die Lage, wo er das dem Bürgen verliehene *Beneficium excussionis* nicht mehr zu respectiren braucht, weil bey deren Gebrauche der Schuldner so angesehen werden muss, als wenn er nicht mehr Zahlung leisten kann.

Was h i e r n ä c h s t die erzwungene Nachsicht betrifft, so glaube ich, hat es gar kein Bedenken, die daraus entspringende Exception geradezu dem Bürgen zuzueignen. Denn die Natur dieser Rechtswohlthat bringt es schon mit sich, dass der Gläubiger, wenn er auch zu den Dissentirenden gehört, doch so angesehen werden muss, als wenn er dem Schuldner selbst Dilation ertheilt hätte. Hat er nun aber die Forderung noch gestundet, so kann er auch nicht gegen den Bürgen klagen, weil überall die Forderung noch nicht fällig ist; und da er die Hauptverbindlichkeit noch nicht rechtlich verfolgen kann, so muss auch natürlich die Nebenverbindlichkeit unverfolgt bleiben. Ueberall finden hier die Zweifel nicht Statt, die bey der Rechtswohlthat des Moratorii entgegen standen.

ACHTES KAPITEL.

Vorzüge der Forderungen der Gläubiger als Mitveranlassung zu dem veränderten Verfahren in Schuldsachen.

Ich habe oben, (Kap. V,) als Mitveranlassung zu dem veränderten Verfahren in Schuldsachen die Vorzüge angegeben, welche in neuern Zeiten einzelnen Forderungen der Gläubiger verliehen wurden. Es sey mir erlaubt, mich über diesen Gegenstand noch etwas ausführlicher zu verbreiten, und zu untersuchen, worin solche bestanden, um hinterher das veränderte Schuldverfahren nach den wenigen uns übrig gebliebenen Nachrichten desto besser erläutern zu können. Vorläufig finde ich nur noch nöthig, zu bemerken, dass ich meine obige Behauptung, als hätten die einzelnen Forderungen beygelegten Vorzüge, das veränderte Schuld-

verfahren mit veranlaſst, nicht ſo verſtanden wiſſen will, daſs ſämmtliche Vorzüge und Privilegien, die das neuere Römiſche Recht einzelnen Schuldforderungen beylegt, oder auch nur ein beträchtlicher Theil davon ſchon damahls vorhanden geweſen wäre, wie die Veränderung mit dem bisher üblichen Schuldverfahren ſich ereignete, da es eine bekannte Sache iſt, daſs die ſpätern Römiſchen Kaiſer dem gröſsern Theile derſelben erſt ſeine Entſtehung gegeben haben. Ich erkläre daher meine vorige Behauptung dahin, daſs die Exiſtenz einiger ſolcher Vorzüge, und die Nothwendigkeit, mehrere derſelben einzuführen, Mitveranlaſſung zu dem veränderten Verfahren in Schuldſachen geweſen ſind.

In den frühern Zeiten des Römiſchen Staats hätte nur allein das Pfandrecht, womit eine Forderung verſehen war, ihr den Vorzug vor andern Forderungen verleihen können, wenn nicht das damit verbundene *Pactum fiduciae* und überall die beſondere Eigenſchaft dieſes Pfandrechts [1]) es bewirkt hätten, daſs eine ſolche Forderung allein gehen müſſen, und daher keine Colliſion zwiſchen ihr und andern Forderungen entſtehen konnte. — Seitdem aber die Begriffe ſich änderten, und das Pfandrecht von einem interemiſtiſchen Eigenthume zu einem bloſsen dinglichen Rechte an fremden Sachen der Sicherheit wegen herab ſank, und ferner man hierauf noch weiter ging, und mit Vernachläſſigung der von jenem alten Pfandrechte noch lange übrig gebliebenen Formalität, — des Beſitzes der verpfändeten Sache, — auch ein Pfandrecht ohne dies annahm, oder kurz, nachdem nebſt dem Fauſtpfande noch die Hypothek entſtand, muſste die Sache eine andere Wendung nehmen, und muſsten die Forderungen der Gläubiger wegen des Vorzugs, welcher der einen oder der andern zu Statten kam, mit einander in Colliſion gerathen.

Zu der Veränderung und Umſchaffung einer Partie des öffentlichen ſo wohl als Privat-Rechts in einem Staate hilft bisweilen das eine dem andern, und trägt jedes das ſeinige allmählig bey, ohne daſs man nöthig hat, zu glauben, es habe ſich ſolche revolutionsmäſsig ereignet. — Dieſes iſt auch der Fall mit den Vorzügen der Forderungen, die jetzt bey den Römern entſtanden, und mit dem

1) Vergleiche *Hugo's Rechtsgeſchichte*, n. A., §. 77; auch *Erxleben de iure pignor. et hypothecar.*, §. 24 ſeq.

veränderten Schuldverfahren theils zugleich eintraten, theils auf dasselbe folgten.

Das eigentliche so genannte Faustpfand, das zunächst nach dem alten Pfandrechte *cum pacto fiduciae* entstand, konnte lange schon vorhanden seyn, ohne dafs eine Abänderung des bisher üblichen Verfahrens in Schuldsachen nöthig war. — Es konnte sich dasselbe, seiner individuellen Eigenschaft nach, nur über einzelne Güter des Schuldners erstrecken, deren Besitz und Gewahrsam bis zur getilgten Schuld dem Gläubiger zugleich mit bey der Verpfändung überlassen wurde. Durch das Faustpfand erhielt der Gläubiger das Recht, diese Güter sogleich zu seiner Befriedigung zu verwenden, wenn er nicht bezahlt wurde; und da nach der Natur dieses Pfandrechts er nur der alleinige Inhaber desselben war, so konnte er nicht mit andern in Collision gerathen, auch konnte die ihm verpfändete Sache, wenn hernach auf den Antrag anderer Gläubiger zum Verkaufe des sämmtlichen Vermögens des Schuldners geschritten wurde, ihm nicht genommen, und mit dem andern Vermögen des Schuldners zugleich auf den *Emtor bonorum* übertragen werden. Bey den damahls noch zu wenig ausgebildeten Rechtsbegriffen sahen die Römer die zum Unterpfande gegebene Sache gleichsam als ausgeschieden von dem übrigen Vermögen des Schuldners an, und als wenn sie dem Gläubiger bedingter Weise an Zahlungsstatt wäre überlassen worden. Denn wenn auch das alte Pfandrecht *cum pacto de fiducia*, das unstreitig eine bedingte, oder besser, eine vollkommene Eigenthumsüberlassung mit der Bedingung der Rückgabe auf den Zahlungsfall, und inzwischen die Sache als ein *bonus paterfamilias* zu handhaben, in sich begriff, längstens ausser Gebrauch gekommen, und an dessen Stelle das Faustpfand getreten war: so hatten sich doch die von jenen geltenden rechtlichen Wirkungen so fest gesetzt, dafs man sie leicht auf das neue Pfandrecht, zumahl da dasselbe auch Besitz und Gewahrsam der Sache als nothwendige Erfordernisse in sich begriff, anwandte, und dafs solche nur erst nach einer langen Zeit und bey gröſserer Ausbildung der Rechtsbegriffe verdrängt werden konnten.[m]) — Wer also ein Pfandrecht, (Faustpfand,) hatte, war wegen seiner Forderung hinläng-

m) Was ich hier bemerke, dient als Einleitung zur Entscheidung einer wichtigen Streitfrage, die weiter unten bey dem heutigen Schuldenwesen vorkommt, nämlich ob der Faustpfandsgläubiger sich in den Concurs einzulassen nöthig habe, oder nicht.

lich gesichert, und hatte nicht erst nöthig, mit andern Gläubigern um den Vorzug zu streiten, oder zu leiden, daſs auch die andern Gläubiger daran Theil nahmen.

Ganz anders verhielt es sich hingegen mit der Hypothek. — Hier, wo ein Pfandrecht gestiftet wurde, ohne daſs der Gläubiger in den Besitz der verpfändeten Sache kam, und wo nach der Natur dieses Pfandrechts mehrere Gläubiger vorhanden seyn konnten, welchen ein Pfandrecht an einer und eben derselben Sache zuständig war, war die Collision unvermeidlich, und muſsten Vorzüge der Forderungen des einen vor den andern entstehen. — Und diese Vorzüge konnten bey den sich immer mehr und mehr ausbildenden Rechtsbegriffen nicht bloſs bey Hypotheken Statt finden, sondern sie muſsten auch Statt haben, wenn Hypothek und Faustpfand mit einander collidirten, indem es, — freylich nicht gleich bey der Entstehung der Hypothek, jedoch bald hernach, und wie man anfing, den Besitz der verpfändeten Sache für etwas auſserwesentliches zu halten, — nichts widersprechendes war, dem einen ein Faustpfand, und dem andern eine Hypothek an einer und eben derselben Sache zu bestellen, und so das Einfache des ursprünglichen Pfandrechts und zugleich das damit verbundene Recht der ausschlieſsenden Befriedigung zu zerstören.

Ursprünglich wurden wohl alle Vorzüge der Forderungen bey den Römern nur durch die Bestellung eines Pfandrechts begründet. Wer das nicht hatte, sah sich wegen seiner Forderung mit den übrigen Creditoren *pro rata* befriedigt, wenn auch seine Forderung der Zeit nach die älteste war, weil der Satz: *prior tempore potior iure*, wie ich weiter unten zeigen werde, hier keine Anwendung fand. Aber in der Folge wurden einzelnen Forderungen der Gläubiger theils durch den Prätor, theils durch die Gesetze auch auſser dem Falle des bestellten Pfandrechts solche Vorzüge beygelegt. — Auch mögen Herkommen und Gewohnheit das Ihrige dazu mit beygetragen haben.

I. Der Prätor verband mit seiner Immission auch häufig die Ertheilung eines Pfandrechts, wodurch er die Forderung des immittirten sicherte. Es ist hier nicht meine Sache, über das prätorische Unterpfand ausführlich zu handeln, sondern ich muſs deſshalb auf die bekannten Schriften verweisen, wenn ich gleich bey einer dem Pfandrechte besonders gewidmeten Abhandlung noch man-

ches darüber zu ſagen hätte.[n]) Ich bemerke bloſs, daſs das prätoriſche Pfandrecht dieſelben Wirkungen hervor brachte, welche man dem Pfandrechte bey den Römern überall beylegte, aber gewiſs nicht früher, als die Hypothek vorhanden war.

II. Gleicher Geſtalt konnte auch der Richter bey der Execution der Urtel ein Pfandrecht ertheilen. [o]) Ich werde von dieſem Pfandrechte, weil es mit dem neuen Römiſchen Verfahren in Schuldſachen in genauer Verbindung ſteht, noch weiter unten ausführlicher handeln.

III. Durch Geſetze und Herkommen wurden einer Menge von Forderungen Vorzüge beygelegt. *Runde* nennt in ſeiner ſchätzbaren Abhandlung [p]) dieſe Rechte, welche den Gläubigern mit Hinſicht auf ihre Forderungen verliehen wurden und den Vorzug vor andern Forderungen zum Zwecke haben, — Sicherungsmittel, (*Remedia ſecuritatis,*) und rechnet dahin das *Privilegium exigendi*, die ſtillſchweigende Hypothek, und das einer Hypothek beſonders noch vor der andern und ältern verliehene Vorzugsrecht, (*Privilegium hypothecae.*) — Indeſs leidet es keinen Zweifel, daſs auch das *Privilegium abſolute tale* hierher gehört, vermöge deſſen eine Forderung allen andern, ſie mögen hypothekariſche oder chirographariſche ſeyn, vorgezogen werden muſs. — Selbſt das *Beneficium ſeparationis* würde hier-

n) *Weſtphal Pfandrecht*, §. 43 folg. *Erxleben de iure pignor. et hypothec.*, §. 92 ſeq. — Man zählt gewöhnlich hierher die Pfandrechte, welche durch die Immiſſionen *ob denegatam cautionem*, in *damno infecto*, *rei ſervandae*, *legatorum ſervandorum cauſa*, *ad bona ventri conſervanda* und *contumaciae coercendae cauſa*, ertheilt wurden; es ſcheint mir aber faſt keinem Zweifel unterworfen zu ſeyn, daſs es eines Theils ehedem mehrere prätoriſche Pfandrechte gegeben habe, und daſs andern Theils die angeführten Immiſſionen nicht durchgehends ein prätoriſches Pfandrecht bewirkt haben. Man vergleiche auch noch *L. van de Graaf de pignore praetorio*. Ultrai. 1704 und *Fr. Alef de pignore praetorio ex fonte iuris Romani deducto* etc. Heidelb. 1739.

o) Ich unterſcheide hier abſichtlich das ſo genannte *pignus iudiciale* von dem prätoriſchen Pfandrechte, ob ich gleich ſonſt gern mit denjenigen überein ſtimme, die es für eine Gattung des prätoriſchen Pfandrechts halten. Siehe *Erxleben c. l.*, §. 92.

p) C. *de hiſtoria, indole ac vi remediorum ſecuritatis, quibus iure Romano proſpectum eſt creditoribus debitoris obaerati per privilegia perſonalia hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum.* Gött. 1794. — die einzige Schrift, welche dieſe Materie im Geiſte des Römiſchen Rechts abhandelt. Sonſt kann man auch noch *Peter van der Aa, (Vanderanus,)* in Tr. *de creditorum privilegiis*, in *Meermann Theſaur. iur. civil. et canon.*, II, 673, hierher rechnen.

her gehören, wenn wir den Ausdruck: *Remedium ſecuritatis*, in ſeiner allgemeinſten Bedeutung nehmen, und nicht, wie das billig geſchehen muſs, auf das Verhältniſs der aus einer und eben derſelben Gütermaſſe zu befriedigenden Gläubiger einſchränken wollten.

Vorläufig, und ehe ich die Vorzüge ſelbſt, welche einzelnen Forderungen nach dem Römiſchen Rechte in neuern Zeiten ſind zugeſtanden worden, durchgehe, muſs ich noch bemerken, daſs, wenn man beym Schuldenweſen diejenigen abſondert, welche *iure dominii* ihre bey dem Schuldner ſich befindenden Sachen abfordern, — *Vindicantes*, (Vindicanten,) — und welche gar nicht mit dem Nahmen: Gläubiger, belegt werden können, es wäre denn, daſs ſie, weil die Sache nicht mehr vorhanden iſt, oder doch nicht mehr herbey geſchafft werden kann, jetzt wegen des Werths derſelben an das Vermögen des Schuldners ſich halten wollten, man alle Gläubiger in zwey Claſſen eintheilen kann: 1. in ſolche, welche mit einem dinglichen Rechte zur Sicherheit ihrer Forderungen verſehen ſind, (*Creditores reales;*) und 2. ſolche, wo dies nicht der Fall iſt, ſondern, welche bloſs ein perſönliches Recht und eine perſönliche Klage gegen den Schuldner haben, (*perſonales.*) — Die *Creditores reales* ſind wieder von einer zwiefachen Art. Es iſt nämlich ihre Forderung entweder mit einem Pfandrechte verſehen, oder ſie iſt auf ein Grundſtück, — eine unbewegliche Sache ſelbſt, — radicirt. Jene heiſsen hypothekariſche, — Pfandgläubiger, (*Creditores hypothecarii, pignoratitii,*) dieſe würde ich *Creditores reales* im engern Verſtande nennen. — Diejenigen hypothekariſchen Gläubiger, deren Hypothek noch mit einem beſondern Privilegium verbunden iſt, das ihr den Vorzug vor andern ältern Hypotheken gewährt, nennt man privilegirte hypothekariſche Gläubiger, (*Creditores hypothecarii privilegiati,*) und ſetzt ihnen die andern unter der Benennung: ſimple hypothekariſche Gläubiger, (*Creditores hypothecarii ſimplices,*) entgegen. — Die perſönlichen Gläubiger, die man auch ſchlechthin chirographariſche zu nennen pflegt, obgleich dieſer Ausdruck nur eigentlich von denen gebraucht werden ſollte, welchen der Schuldner über die Anforderung eine Handſchrift zum Beweiſe derſelben ausgeſtellt hat, haben entweder ein *Privilegium abſolute tale* wegen ihrer Forderung, — *Creditores abſolute privilegiati,* — oder nur ein ſo genanntes *Privilegium perſonale ſ. exigendi*, das ihrer Forde-

rung vor andern chirographarischen Forderungen den Vorzug gewährt, — *Creditores chirographarii privilegiati,* — oder gar keines, — *Creditores chirographarii simpliciter tales.* — Alle diese Terminologien kommen entweder selbst in den Römischen Gesetzen vor, oder sie sind doch aus denselben zusammt der Eintheilung der Gläubiger abstrahirt.

Das älteste *Remedium securitatis* ist wohl das *Privilegium absolute tale,* welches den Leichenkosten verliehen worden ist. — Es hatte dasselbe gewiss in keinem ausdrücklichen Gesetze, sondern in einem Gewohnheitsrechte bey den Römern seinen Grund. *Impensa funeris*, heisst es in der *L.* 45 *D. de religios. et sumt. fun.*, *semper ex hereditate deducitur*, *quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.* — Das: *solet,* steht hier gewiss nicht zufällig, sondern absichtlich, und um anzudeuten, dass Herkommen und Gewohnheit mehr als die ausdrückliche Vorschrift der Gesetze den Grund dieses Privilegii enthalten. [q]) — Zwar meint Westphal, [r]) die Worte der eben angeführten *L.* 45 *D. de relig.: omne creditum,* dürften nicht so allgemein genommen werden, sondern man könnte solche nur höchstens von den persönlichen Schulden verstehen, bey welcher Behauptung man den Leichenkosten nicht ein *Privilegium absolute tale*, sondern nur ein *Privilegium simplex s. exigendi* zugestehen müsste. Allein abgesehen davon, dass das Gesetz diese Einschränkung nicht kennt, auch der Grund des Privilegii selbst derselben schon zuwider ist, so zeigt eine andere Gesetzstelle, die *L.* 26 *D. eod.*; in den Worten: *nec aere alieno deducto,* deutlicher, dass die Leichenkosten allen übrigen Forderungen, sie mögen seyn, welche sie wollen, vorgezogen werden sollen.

Das mehrgedachte absolute Vorzugsrecht steht nicht nur den Leichenkosten zu, welche auf die Beerdigung des Schuldners sind verwendet worden, sondern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung anderer Personen aufgegangen sind, und der Schuldner zu bezahlen verbunden war. *Quaesitum est*, heisst es in der *L.* 17 *D. pr. de reb. auct. iud. possid., utrum ita demum privilegium habent funeraria; si is, cuius bona veneunt, funeratus sit; an etiamsi proponas, alium*

q) Vergleiche über dieses Gesetz noch insbesondere *L. H. Berger Resol. LL.*, 742. *Sonnemann Prael. ad LL. notabiliores*, 15, 163. *Godofredi Oper.*, 70.

r) *Pfandrecht*, §. 146 und 147.

esse funeratum? Et hoc iure utimur, ut quicunque sit funeratus, (i. e. sive is, cuius de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum si viveret, funeraria actione cogi oporteres[s]*) privilegio locus sit. Parvique referre dicamus, qua actione hic sumtus repetatur, funeraria an familiae herciscundae, an qua alia? dummodo sumtus funeris causa factus sit. Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur: etiam funerariam ei competere. Quare si in stipulationem funeris impensa deducta est, dicendum est, locum esse privilegio, si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipulatus est.* — Die *Lex* ist aus *Ulpians Libr. LXIII ad Edict.* und enthält eine Entscheidung der Frage: ob das den Leichenkosten beygelegte Privilegium bloss auf die für die Beerdigung des Schuldners verwendeten Kosten eingeschränkt, oder auch auf die Leichenkosten wegen der Beerdigung anderer Personen, die der Schuldner zu bezahlen verbunden war, erstreckt werden müsse. Es heisst darin ausdrücklich, dass sich dieses Privilegium auf alle Leichenkosten, welche aus dem Vermögen des Schuldners mit irgend einer Klage gefordert werden können, erstrecken solle, ohne Unterschied, sie mögen für den Schuldner oder für andere Personen aufgewendet worden seyn, selbst alsdann, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, sie zu bezahlen, aus einer blossen vertragsmässigen Uebernahme herrühren sollte. Hat also der Schuldner seine Kinder, oder seine Ehefrau, oder sonst eine andere Person, die er zu beerdigen schuldig war, beerdigen lassen, und die Leichenkosten sind nicht bezahlt worden, so geniessen diese hernach, wenn ein Schuldenwesen über sein Vermögen entsteht, eben das Privilegium, welches den auf seine Beerdigung ver-

s) Die *L.* 14 *D.* §. 1 *de religios.*, auf die sich *Westphal* vorzüglich begründet, beweis't mehr gegen als für seine Meinung. Es heisst darin: Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum manserit, hoc pro debita pensione teneri. *Westphal* meint, wenn gleich nach diesem Gesetze die Begräbnisskosten dem Miethgelde vorgezogen werden sollten, so habe das seinen besondern Grund, der auf andere Pfandrechte sich nicht ausdehnen liesse. Allein es ist nicht abzusehen, worin der besondere Grund liegt, und es ist bekannt, dass gerade das Pfandrecht des Vermiethers an den *invectis* und *illatis* des Miethsmannes mit besonderer Stärke versehen ist. Gehen demselben also die Leichenkosten vor, so können sie auch andern Forderungen eben so gut vorgezogen werden. — Doch wozu braucht es bey deutlichen Gesetzen noch einer *Argumentatio ex Lege?*

wendeten Kosten zuständig ist. — Und eben dies ist auch der Fall, wenn ein Dritter die Beerdigung bestritten hat, und der Gemeinschuldner die Beerdigungskosten entweder aus dem Grunde, weil ihm die Verbindlichkeit, auf seine Kosten die Beerdigung zu bewerkstelligen, auflag, oder weil er solche zu ersetzen versprochen hat, erstatten muss. — Die Worte: *si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipulatus sit;* verdienen noch unsre Aufmerksamkeit. Von einer ausdrücklichen Ausschliessung des Privilegii können sie nicht allein verstanden werden; denn dass alsdann der Gläubiger nicht darauf Anspruch machen kann, folgt von selbst, und es ist auch gewiss nicht die Absicht des Juristen gewesen, uns mit einer so allgemein bekannten Wahrheit erst bekannt zu machen. *Ulpian* will daher gewiss mit diesen Worten nichts anderes sagen, als: das Privilegium der Leichenkosten falle weg, wenn mit der Stipulation, in welche die Leichenkosten gebracht worden, zugleich eine Novation oder Umschaffung der Verbindlichkeit selbst verbunden worden sey. [t])

Ehe ich untersuchen kann, was eigentlich Leichenkosten sind, welchen das mehrmahls erwähnte Privilegium zuständig ist, muss ich noch einige Bemerkungen vorauf gehen lassen, die mit dem bisher Gesagten in zu genauer Verbindung stehen, als dass ich sie erst weiter unten mitnehmen könnte.

Was 1. die Kosten betrifft, welche auf die Beerdigung des Schuldners selbst sind verwendet worden, so machen die Rechtslehrer [u]) fast allgemein den Unterschied: ob der Schuldner vor dem Ausbruche des Schuldenwesens oder nachher verstorben ist. In dem erstern Falle gestatten sie den Leichenkosten das mehrerwähnte Privilegium, nicht aber in dem letztern Falle, weil hier der Schuldner als ein Armer begraben werden muste, oder auf Kosten derjenigen, welche ihn

t) Vergleiche noch *I. C. Rückeri Interpretat.*, 77, *ab Oosterga Disput. ad Pandect.*, II, 74. — Bey so deutlichen Bestimmungen des Römischen Rechts über das Privilegium der Leichenkosten ist es wirklich zu bewundern, wie es Rechtslehrer geben kann, z. B. *Leyser*, in *Medit. ad Pand.*, Sp. 484, M. 1, u. a. m., die noch dagegen streiten, dass solches in dem Römischen Rechte gegründet sey. Man kann es ihnen auch um so weniger übersehen, dass sie die Gesetze nicht treffen, welche dieses Privilegium unterstützen, da solche so klar vor Augen liegen.

u) Siehe *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 86 und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

begraben zu lassen schuldig sind. Allein es ist diese Distinction den Gesetzen offenbar zuwider. Denn 1. bleibt der Schuldner, so lange sein Vermögen noch nicht veräussert und zur Befriedigung seiner Gläubiger wirklich verwendet worden ist, Herr und Eigenthümer desselben; mithin läst sich noch immer der Satz der *L.* 14 *D.* §. 13 *de relig. de suo expedit mortuos funerari* auf ihn anwenden, und es müssen die Leichenkosten daher aus dem verschuldeten Vermögen bestritten werden: 2. machen die Gesetze den angegebenen Unterschied nicht, es ist auch der Grund dieses den Leichenkosten verliehenen Privilegii, den *Ulpian* in der *L.* 12 *D.* §. 3 *de religios.* angiebt, viel zu allgemein, als dass er nicht auch hier Statt finden sollte. Mögen daher die Gläubiger selbst oder andere Personen die Beerdigung des Schuldners übernommen haben, so kann ihnen der Anspruch auf das Privilegium der Leichenkosten nicht versagt werden.

Wegen 2. der Leichenkosten, welche auf die Beerdigung der Frau und der Kinder des Schuldners so wohl als anderer Personen, die er begraben zu lassen verbunden war, aufgewendet worden sind, kann das mehrgedachte Privilegium nur alsdann Statt finden, wenn diese vor dem Schuldner verstorben sind, nicht aber, wenn sich deren Tod nach seinem Ableben ereignet. Denn im erstern Falle konnten diese Kosten aus dem Vermögen des Schuldners gefordert werden, mithin muss auch nach den oben vorgetragenen Grundsäten das Privilegium, welches den Leichenkosten überhaupt beygelegt worden ist, ihnen zu Statten kommen, nicht aber in dem letztern Falle, weil die Verbindlichkeit des Schuldners, jene Personen begraben zu lassen, auf blos persönlichen Verhältnissen beruhet, die mit seinem Tode aufhören. Kann also dieser Leichenkosten wegen überall sein Vermögen nicht in Anspruch genommen werden, so muss auch schon das Privilegium derselben von selbst wegfallen.

Ueber die Eigenschaft des Gläubigers, welcher etwas als Leichenkosten aus dem Vermögen des Schuldners fordern kann, giebt uns die *L.* 17 *D. de rebus auct. iud. poss.* den Aufschluss. Es ist solches ein jeder, der wegen aufgewendeter oder hergegebener Leichenkosten Ersatz aus des Schuldners Vermögen verlangen kann. So lange also jemanden, der Leichenkosten bestritten hat, die der Schuldner zu ersetzen verbunden ist, oder die eigentlich aus dessen Vermögen bestritten werden müssen, nicht bewiesen werden kann, dass er solche *ex pietate*

und *animo donandi* aufgewendet hat, v) so kann er sie aus den Gütern des Schuldners fordern, und gewiss dabey das mehrerwähnte Privilegium genießen. Aus diesem Grunde kann denn auch die Ehefrau beym Schuldenwesen ihres Mannes diejenigen Unkosten *cum iure privilegii* fordern, welche sie auf dessen Beerdigung verwendet hat, und so, umgekehrt, auch der Mann beym Schuldenwesen seiner Ehefrau, indem ein Ehegatte nur den andern auf seine Kosten alsdann begraben zu lassen schuldig ist, wenn derselbe ohne alles Vermögen versterben sollte, ein noch so sehr verschuldeter Ehegatte aber doch nie als ein Armer betrachtet werden kann.

Unter Leichenkosten, (*Sumtus funeris,*) wird nach dem Römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was entweder unmittelbar zur Beerdigung des Verstorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bey Gelegenheit derselben, aber nothwendig aufgewendet werden musste, d. h.: darum, weil die Beerdigung sonst entweder gar nicht, oder doch nicht ordentlich, und auf eine für den Verstorbenen anständige Art bewerkstelligt werden konnte. Stimmt gleich dieser Begriff nicht völlig mit dem überein, welchen *Ulpian* in der *L.* 14 *D.* §. 3 *de religiosis* davon giebt, wenn er sagt: *funeris causa sumtus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit;* und nach welchem die Aufwendung der Leichenkosten sehr eingeschränkt werden müßte: so rechtfertigt er sich doch aus der Zusammenhaltung mit dem folgenden Paragraphen dieses Gesetzes so wohl, als mit andern Gesetzstellen, worin gewisser Aufwendungen als Leichenkosten gedacht wird. w)

v) *L.* 14, §. 7, *D. de relig.* Heisst es gleich in diesem Gesetze: *Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat;* so kann darum doch nicht vermuthet werden, dass jemand einen andern auf seine Kosten habe begraben lassen wollen, oder auf die Zurückforderung der aufgewendeten Kosten Verzicht geleistet habe, wenn nicht andere Umstände vorhanden sind, welche diese Vermuthung rechtfertigen. Siehe *Kurrer* D. *de auct. funeraria*, §. 7 — 10.

w) Insbesondere gehört hierher *L.* 37 *D. de rel. Funeris sumtus*, sagt hier *Macer*, *accipitur quidquid corporis causa, veluti unguentorum erogatum est et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi et vectura: et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur consumtum est, funeris impensam esse existimo.* — Sonst ist auch hier noch *Jac. ab Airth* in D. *ad Tit. VII Libr. XI D. de relig. et sumt. funer.*, Edinburgi 1743, p. 20 seq., zu vergleichen.

Folgt es gleich ſchon aus dem gegebenen Begriffe von den Leichenkoſten zur Genüge, welche dahin zu rechnen ſind, ſo will ich mich doch der Vollſtändigkeit halber in eine genauere Beſtimmung derſelben einlaſſen, und zwar um ſo mehr, als das Privilegium der Leichenkoſten für die übrigen Gläubiger ſehr nachtheilig iſt, und man daher nicht mehr zu denſelben rechnen darf, als was nach den Geſetzen ſelbſt oder deren Analogie gerechtfertigt werden kann.

Zu den Leichenkoſten muſs in Gemäſsheit des Römiſchen Rechts

I. Alles dasjenige gerechnet werden, was die Bekleidung, Einkleidung und das Bewachen des todten Körpers gekoſtet hat, nicht weniger, was auf die äuſsere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden iſt. x)

II. Was für den Sarg und deſſen Zubehör, ingleichen für die Grabſtätte, Zubereitung und nothwendige Zierung derſelben bezahlt worden iſt. y)

III. Das, was für das Führen oder Tragen der Leiche ausgegeben worden. Hat die Leiche erſt von einem andern Orte hergebracht werden müſſen, ſo gehört zu den Leichenkoſten nicht nur das, was für den Transport bezahlt worden iſt, ſondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daſs die Leiche an dem Orte, wo der Verſtorbene Todes verblichen war, ſo lange aufbewahrt wurde, bis ſie abgehohlt werden konnte, ingleichen die Abgaben, welche bey dem Transporte an Ort und Stelle an Wegegeldern oder ſonſt entrichtet wurden. z)

Weiter geht die Beſtimmung des Römiſchen Rechts nicht, und man würde offenbar zu weit gehen, wenn man zu den Leichenkoſten auch die Trauerkleider der Verwandten des Verſtorbenen, und die auf die Leichenſchmäuſe aufgewendeten Unkoſten rechnen wollte, da ſelbſt das Römiſche Recht die Leichenkoſten nicht ausgedehnt wiſſen will. Was überall wegen der Leichenkoſten in den Geſetzen verordnet iſt, muſs Statt finden, es mag von der Beerdigung des Schuldners ſelbſt oder einer andern Perſon die Rede ſeyn, die er beerdigen zu laſſen ſchuldig war. Man kann daher auch nicht annehmen, daſs die Gläubiger in Abſicht

x) *L.* 14 *D. de rel.*, §. 4. *L.* 37 *D. eod.*, wo auch das zu den Leichenkoſten gerechnet wird, was zur Einbalſamirung der Leiche aufgewendet worden.

y) *L.* 14, §. 3 *D. de rel.* *L.* 37, §. 1 *eod.* *L.* 14, §. 4 *D. eod.*

z) *L.* 14, §. 3 und 14 *D. de relig.* *L.* 37 *D. eod.* Man vergleiche übrigens noch *Kirchmann de funeribus Romanor.*, p. 13 ſeq. *Roſinus Antiquit. Roman.*, L. V, C. 39.

der Beerdigung des Schuldners die Einrede machen dürften: es hätte der Schuldner nicht standesmäſsig, sondern wie ein verarmter Mensch begraben werden müssen. Freylich dürfen sie weder einen unnöthigen Aufwand leiden, noch, wenn solcher bereits geschehen ist, zugeben, daſs in Ansehung desselben das Privilegium der Leichenkosten Statt finde; aber sie müssen doch dem Schuldner eine ehrliche und anständige Beerdigung gestatten. — Daſs übrigens derjenige, welcher die Beerdigung besorgt hat, wenn er die Kosten derselben fordert, sich nicht etwa auf eine Verfügung des Schuldners, wie er begraben seyn wolle, sondern bloſs auf die Verfügung der Gesetze über die Beerdigung beziehen dürfe, versteht sich von selbst, indem wohl die Erben des Schuldners, nicht aber die Gläubiger solche zu respectiren schuldig sind.

Beym Vorzuge der Leichenkosten kommt zwar nichts darauf an: ob jemand solche selbst bestritten, oder Geld zu deren Bestreitung hergeschossen, oder endlich wegen seiner bey der Beerdigung geleisteten Dienste, oder aus einem andern sich auf selbige beziehenden Grunde etwas zu fordern hat, z.B. der Kaufmann wegen der zum Begräbnisse nöthigen Waaren, die Arbeitsleute wegen der an der Grabstätte geleisteten Arbeiten, u. s. f., indem dieser Unterschied bloſs auf die Art und Weise, wie diese Forderungen geltend gemacht oder angebracht werden, Beziehung hat. Indeſs muſs man doch, mit Hinsicht auf das, was oben bemerkt worden ist, hier folgenden Unterschied zulassen.

Fordert 1. jemand als G e s c h ä f t s t r ä g e r des Leichenbegängnisses, oder weil er solche a u f B e f e h l d e s V e r s t o r b e n e n ausgelegt hat, Leichenkosten, die aus dem Vermögen des Schuldners bezahlt werden müssen: so ist, wenn er des mehrgedachten Vorzugsrechts theilhaftig werden will, nicht allein nothwendig, daſs das, was er fordert, nach den oben entwickelten Grundsäten zu den Leichenkosten gerechnet werden kann, sondern es muſs auch bey der Aufwendung selbst auf den Stand und das Vermögen des Verstorbenen Rücksicht genommen worden seyn. Denn da übermäſsige Aufwendungen überall nicht mit der *Actio funeraria* [a]) gefordert werden können, so ist auch nichts natürlicher, als daſs sie von dem mehrerwähnten den Leichenkosten zuständigen Privilegio

a) *L.* 14, §. 6 *D. de religios.* *Wernher Observat. forens.*, P. 4, Obs. 177.

ebenfalls ausgeschlossen sind. — Unstreitig ist wenigstens dieser Lehrsatz, wenn auf Befehl des Schuldners ein solcher übermäſsiger Aufwand gemacht worden ist.

Hingegen 2. wenn jemand etwas als Leichenkosten fordert, weil er bey Beerdigung derjenigen Personen, die der Schuldner begraben zu lassen schuldig war, oder auch bey dem Leichenbegängnisse des Schuldners selbst Dienste geleistet, oder etwas hergegeben hat, so fällt jener Unterschied weg, und er genieſst durchgängig das den Leichenkosten beygelegte Vorzugsrecht. Denn es würde die gröſste Unbilligkeit seyn, einem Menschen dieses Vorzugsrecht abzusprechen, der nicht darüber urtheilen konnte und durfte, ob er seine Dienste zu einem gesetzmäſsigen Leichenbegängnisse leistete oder nicht.

Daſs übrigens derjenige, welcher auf das Vorrecht der Leichenkosten Anspruch machen will, beweisen müsse, daſs seine Forderungen wahre Leichenkosten sind, darf ich wohl nicht erst erinnern. [b])

Ich gehe jetzt zu den übrigen Sicherungsmitteln über, welche bey den Römern nach und nach den Gläubigern wegen ihrer Forderungen zu Theil wurden, nämlich zu der stillschweigenden Hypothek und dem *Privilegio exigendi*. Ich will sie der Zeitfolge nach, wenigstens nach welcher sie in den Gesetzbüchern *Justinians* vorkommen, abhandeln.

I. Dem Vermiether eines *praedii urbani* und dem Verpachter eines *praedii rustici* wurde eine stillschweigende oder gesetzliche Hypothek, jenem an den *invectis* und *illatis* des Miethsmannes, diesem an den Früchten, welche der Pachter von dem ihm verpachteten Grundstücke zog, zur Sicherung der aus dem Miths- und Pacht-Contracte entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten zugestanden. Man hält diese Hypothek unter den gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken gemeinhin für die älteste, welches sie von den uns bekannt gewordenen auch unstreitig ist, wenn ich gleich darum sie nicht überall für die älteste den Römern bekannte stillschweigende Hypothek halten möchte, indem es mir wenigstens keinem Zweifel unterworfen zu seyn scheint, daſs es mehrere stillschweigende Hypotheken bey den Römern gegeben habe, wovon uns die Nachrichten verloren gegangen sind. *Neratius Priscus*, der zu den Zeiten

b) In Ermangelung eines andern Beweises muſs auch hier die eidliche Bestärkung Statt finden. Vergleiche jedoch, was weiter unten in der heutigen Concurs-Lehre über den Beweis der liquidirten Forderungen überall gesagt worden ist.

Trajans und *Hadrians* lebte, erwähnt zuerst dieser Hypothek. *Eo iure utimur*, heisst es mit seinen Worten in der *L. 4 D. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah.*, *ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.* — Zwar scheint es, als wenn dieser Rechtsgelehrte hier blofs von der stillschweigenden Hypothek des Vermiethers an den Sachen des Miethmannes redet, aber es wird sich gleich hernach zeigen, dafs er auch die stillschweigende Hypothek des Verpachters an den Früchten der verpachteten Sache im Sinne hat, oder wenigstens, dafs solche in seinem Zeitalter ebenfalls schon vorhanden gewesen ist. c)

Nach dem *Neratius* hat die stillschweigende Hypothek des Vermiethers und Verpachters in einem Gewohnheitsrechte ihren Grund, welches die Worte: *eo iure utimur*, aber nicht so wohl, als vielmehr die fernern Aeusserungen des *Neratius* und anderer Römischen Rechtsgelehrten über diese Hypothek anzeigen. — Ob ein Erkenntnifs des Prätors, oder eine einstimmige Behauptung der Rechtsgelehrten zur Einführung der mehrgedachten Hypothek Veranlassung gegeben habe, müssen wir bey dem Mangel zuverlässiger Nachrichten dahin gestellt seyn lassen. Das letztere ist mir darum wahrscheinlicher, weil *Neratius* sagt: *pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.*

Ich mufs, ehe ich weiter gehe, noch bemerken, dafs man in den Worten: *quasi id tacite convenerit*, nicht ein so genanntes stillschweigendes Conventional-Pfandrecht suchen darf, das, wie *Hert*, d) und in neuern Zeiten *Weber*, e) gründlich gezeigt haben, den Römern sehr gut bekannt war. Es ist ganz was anderes: ob eine stillschweigende Verpfändung wirklich vorhanden ist, oder ob man sich nur eines von dieser hergenommenen Arguments bedient hat, um die Einführung einer stillschweigenden oder gesetzlichen Hypothek zu recht-

c) Die angeführte Stelle ist aus des *Neratius Priscus Libris membranarum.* — *Membranae* sind allerley Anmerkungen, welche bey Lesung nützlicher Schriften und sonst gelegentlich gesammelt worden sind. Daraus läfst es sich denn auch sehr gut erklären, wenn diese Bemerkung des *Neratius* über das stillschweigende Pfandrecht nicht so vollkommen ausfiel, als sie sonst vielleicht ausgefallen seyn würde.

d) *De pignore tacito conventionali*; in Opusc., T. II.

e) In der weiter unten anzuführenden Abhandlung.

fertigen. — Das letztere ist hier der Fall, und daher sagt auch der Jurist: *quasi*, da er sonst *quia* oder *nam* hätte sagen müssen. — Die Fälle von dem wirklichen stillschweigenden Conventional-Pfandrechte passen auch hier gar nicht.

Ich habe oben bemerkt, dass sich *Neratius Priscus* nicht bestimmt über die stillschweigende Hypothek des Verpachters an den Früchten der gepachteten Sache ausdruckt. Dessen ungeachtet ist es keinem Zweifel unterworfen, dass auch diese schon in seinem Zeitalter bekannt war; und wenn man nur auf den Zusammenhang der *L.* 4 *D. in quibus causis pignus* genau Rücksicht nimmt, so findet man bald, dass die Compilatoren der Pandecten hinter den Worten: *in praediis rusticis contra observatur*, etwas weggelassen haben, und zwar absichtlich, um im §. 1 die Materie von dem Pfandrechte des Vermiethers an den *invectis* und *illatis* des Miethsmannes desto ungestörter fortzusetzen. f) — Deutlicher erklärt sich *Sextus Pomponius*, der unter *Antoninus Pius* lebte, über dieses Pfandrecht. In *praediis rusticis*, heisst es mit seinen Worten in der *L.* 7 *D. in quib. caus. pign.*, *fructus*, *qui ibi nascuntur*, *tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati*, *etiam si nominatim id non convenerit.* — Das Gesetz zeigt deutlich, dass das: *tacite*, so wohl bey dem Pfandrechte des Verpachters als dem des Vermiethers nicht von einer stillschweigenden Verpfändung, — oder von einem stillschweigenden Conventional - Pfandrechte zu verstehen sey, sondern in dem Sinne genommen werden müsse, wie ich es oben angegeben habe. — Dieser *Pomponius* scheint sich überall mit der Hypothek so wohl des Vermiethers als Verpachters genauer beschäftigt zu haben, indem *Marcian* und *Ulpian* sich zur Vertheidigung ihrer Behauptungen immer auf ihn berufen. g)

So bestimmt auch die bisher angeführten Römischen Juristen von der stillschweigenden Hypothek des Verpachters und des Vermiethers reden, so scheint es doch, als wenn man derselben noch nicht getrauet hat. Denn so finden wir, dass *Quintus Cervidius Scävola* und *Cajus* von einem Pfand-Contracte sprechen, der zur Sicherung der aus dem Mieths-Contracte entspringen-

f) Vergleiche hier noch *Lyklama Membranar.* 68. *Maranus* in *Oper.*, 136. *Pacii* 'Εναντιοφ., Cent. VIII, Qu. 67. *I. L. Larcher van Keenen* D. *ad L.* 4 *pr. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* Lugd. Bat. 1732.

g) Man sehe die weiter unten anzuführenden Gesetzstellen.

den Verbindlichkeiten über die *invecta* und *illata* noch besonders zwischen dem Vermiether und dem Miethsmanne abgeschlossen wurde. h) — Doch vielleicht war hier bloss von dem Falle die Rede, wo das stillschweigende Pfandrecht weiter, und auch auf *invecta* und *illata* ausgedehnt worden war, die, wie ich hernach zeigen werde, nicht unter diesem Pfandrechte mit begriffen waren. Dies wird um so wahrscheinlicher, wenn man erwägt, dass das Gewohnheitsrecht, worin nach der Lehre der oben angeführten Rechtsgelehrten die stillschweigende Hypothek des Vermiethers so wohl als des Verpachters gegründet war, bey den Römern ungleich grösseres Gewicht hatte, als ein Gewohnheitsrecht in unsern Tagen hat.

Bey der stillschweigenden Hypothek des Verpachters und Vermiethers war es anfangs streitig: was *Praedium urbanum* oder *rusticum* sey, oder wenn das nicht, so hatte man doch über *Praedium urbanum* und *rusticum* dabey noch keine richtige Vorstellung. *Neratius* sagt: *Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a caeteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt,* i) und *Ulpian* spricht ihm nach: *Si horreum fuit conductum, vel diversorium vel area: tacitam conventionem de invectis illatis etiam in his locum habere, putat Neratius. Quod verius est.* k) — Das Resultat fiel indess endlich dahin aus, dass zu den *Praediis rusticis* alle Grundstücke oder Sachen gehören sollten, welche dazu bestimmt waren, oder besser zu dem Ende verpachtet wurden, um Früchte darauf zu bauen oder Früchte davon zu ziehen, alle übrige aber *Praedia urbana* seyn sollten. l) Es liegt dieses Resultat auch schon gewisser Masen in der Erklärung des *Neratius*, der nur zwischen wirklichen *Praediis urbanis* und solchen, die ein Anhang derselben sind, einen Unterschied macht.

h) *L.* 31 *D. de pignor. et hyp.* *L.* 11, §. 2 *D. qui potior. in pign.*

i) *L.* 4, §. 1 *D. in quib. caus. pign.*

k) *L.* 3 *D. eod.*

l) Vergleiche *A. D. Weber Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte*, No. I, §. 1.

Eben so war es anfänglich noch unbestimmt: ob bey *Praediis urbanis* die *invecta* und *illata*, und bey *Praediis rusticis* die Früchte nur für das Miethsund Pachtgeld, oder auch für andere aus dem Mieths- und Pacht-Contracte entspringende Verbindlichkeiten zur stillschweigenden Hypothek haften sollten. *Marcian* belehrt uns in der *L. 2 D. in quibus caus. pign.* darüber aus dem *Pomponius* zuerst befriedigend. *Pomponius*, sagt er, *libro quadragesimo variarum lectionum scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.* m) — Man nahm in spätern Zeiten unter Auctorität des *Pomponius* an, daſs der Vermiether so wohl als Verpachter wegen aller und jeder aus dem Mieths- und Pacht-Contracte entspringenden Forderungen sich dieses Pfandrechts zu erfreuen habe. n) Anfänglich war es gewiſs allgemein angenommener Grundsatz: daſs die stillschweigende Hypothek des Verpachters und Vermiethers sich nur auf den von ihnen eingegangenen Pacht- und Mieths-Contract einschränke, folglich nicht Statt finde, wenn der Pachter und Miethsmann von den ihm verpachteten und vermietheten Sachen etwas weiter verpachtet und vermiethet habe, indem an den *invectis* und *illatis* des Aftermiethsmanns und an den Früchten des in Afterpacht gegebenen Grundstücks wohl dem Miether und Pachter, nicht aber dem Vermiether und Verpachter diese Hypothek gebühre. Späterhin erstreckte man jedoch auch die stillschweigende Hypothek des Verpachters und Vermiethers darauf mit, o) nahm jedoch an, daſs, wenn der Afterpachter und Aftermiethsmann ihren Afterverpachter und Aftervermiether noch besonders gesichert hätten, der erste Verpachter und Vermiether auf diese Sicherheitsleistung kein Recht hätten. p)

Wenn man die Römischen Gesetze von der stillschweigenden Hypothek des Verpachters und Vermiethers nicht miſsverstehen will, so muſs man von dieser Hypothek an und für sich selbst die Verabredungen unterscheiden, die zwischen den Parteyen noch besonders getroffen wurden, und wodurch die gesetzliche Hypothek häufig sehr erweitert wurde. — Dahin gehört denn auch die still-

m) *L. 2 D. in quib. caus. pign.*

n) Vergleiche *Hoffmann Meletem. ad D.*, Diss. XVIII.

o) *L. 24, §. 1 D. locati cond.* — Vergleiche *Berger Resol. LL.*, 417. *Pet. de Greve Exercit. ad Pand.*, 361.

p) *L. 53 D. locat. cond.*

ſchweigende Conventional-Hypothek des Verpachters an den *invectis* und *illatis* des Pachters, wovon die *L.* 5 *C. locati conducti*, q) ein Reſcript von *Alexander Sever*, ſpricht. — Ueberall ging die ſtillſchweigende Hypothek des Verpachters auch nur auf die Früchte des Grundſtücks ſelbſt, nicht auf das, was von dieſen Früchten angeſchafft wurde, r) ſo wie auch die ſtillſchweigende Hypothek des Vermiethers bloſs auf das eingeſchränkt war, was der Miethsmann in der Abſicht eingebracht hatte, daſs es fortdauernd in der gemietheten Sache verbleiben ſollte. s)

Die Kaiſer *Valerian* und *Gallien* dehnten die bisher von der ſtillſchweigenden Hypothek des Verpachters und Vermiethers angenommenen Grundſätze auch auf die *Relocatio tacita* aus. t) Die Conſtitution dieſer Kaiſer entſcheidet im allgemeinen die Streitigkeiten, welche bisher bey der *Relocatio tacita* entſtanden waren, und beſonders auch die wegen des ſtillſchweigenden oder geſetzlichen Unterpfandes. Bis auf *Juſtinian* ſcheint indeſs die mehrgedachte ſtillſchweigende Hypothek nur auf die Hauptländer des Römiſchen Staats eingeſchränkt geweſen zu ſeyn, denn dieſer Kaiſer führt ſie durch eine ausdrückliche Conſtitution auch in den Provinzen ein. u)

Ich muſs noch bemerken, daſs die ſtillſchweigende Hypothek des Vermiethers nicht ſo ſtark war, als wenn der Miethsmann ausdrücklich ein Pfandrecht

q) „Certi iuris eſt, ea, quae *voluntate dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria *ſcientia domini* in rebus conductis vel illatis, nam ea quoque pignoris iure locantur. Vergleiche hier die treffliche Erläuterung dieſes Geſetzes von *A. D. Weber* in den *Beyträgen zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrechte*, No. I.

r) *L.* 3 *C. in quib. cauſ. pignus.*

s) *L.* 7 *D.* §. 1 *in quib. cauſ pign.:* Videndum eſt, ne non omnia illata vel inducta, ſed ea ſola, quae *ut ibi ſint*, illata fuerint, pignori ſint. Quod magis eſt. — Vergleiche *d'Eſpeiſſes Oeuv.*, I, 63. *Noodt* in Oper., I, 488.

t) *L.* 26 *C. locati cond.* — Sehr richtig erinnert jedoch *Cocceji* in *Iure controverſ.*, II, 459, (Edit. *Emminghaus*,) daſs die etwa in Abſicht der ſtillſchweigenden Hypothek getroffenen beſondern Verabredungen nicht auf die *Relocatio* mit erſtreckt werden dürfen.

u) *L. ult. C. in quib. cauſ. pign.:* Sancimus de invectis a conductore rebus et illatis, quae domini pro penſionibus tacite obligantur, *non ſolum* in *utraque Roma* et *territorio earum* locum habere, ſed etiam in *noſtris provinciis.* Tali enim iuſta praeſumtione omnes provinciales perpotiri deſideramus.

und durch eine Verabredung constituirt hatte. — Dies beweisen die Stellen aus *Ulpian* und *Paulus* in der *L.* 6 *in quib. caus. pignus*, und in der *L.* 9 *D. eod.* v)

Auf die stillschweigende Hypothek des Verpachters und Vermiethers folgen der Zeitordnung nach

II. Die Privilegien, welche denjenigen sind beygelegt worden, welche *in refectionem aedium* creditirt haben. — Schon durch ältere Gesetze war für die Verschönerung der Stadt Rom so wohl als auch für die Wiederherstellung ruinöser Gebäude gesorgt worden, w) aber man hatte noch nicht daran gedacht, die Wiederherstellung verfallener Gebäude zu erleichtern, und demjenigen Credit zu verschaffen, der sich derselben unterziehen wollte. Dies blieb dem *M. Aurelius Antoninus Philosophus* vorbehalten, der nicht nur für diejenigen sorgte, die aus eignem Vermögen die verfallenen Gebäude wieder herstellten, x) sondern auch für die Gläubiger, welche ihnen Geld dazu vorgeschossen hatten. Den Letztern gab er durch ein Edict nach dem Zeugnisse *Ulpians* y) ein *Privilegium exigendi*.

Die Veranlassung zu diesem Edicte soll eine grosse Ueberschwemmung des Tibers gegeben haben, wodurch in den Zeiten des Kaisers *Marc Aurel* sehr viele Gebäude in Rom niedergerissen oder doch sehr beschädigt wurden. z) Dem sey indess wie ihm wolle, so konnte gewiss *Marc Aurel* die Wiederherstellung schadhafter Gebäude nicht besser als durch das eben gedachte *Privilegium exigendi* befördern.

Vielleicht hatte jedoch das dem *in refectionem aedium* geborgten Gelde beygelegte *Privilegium exigendi* die Wirkung nicht, welche sich *Marc Aurel* davon versprochen hatte. Denn *Papinian* erwähnt eines Senats-Schlusses,

v) Nach beyden Gesetzstellen soll das stillschweigende Unterpfand den Manumissionen nicht entgegen stehen. — Man vergleiche *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, V, 1495 und 1502. *Cujac.*, in *Oper.*, IV, 422.

w) Z. B. durch das *SCt. Claudianum*, dessen in der *L.* 52 *D. de contr. emt.* erwähnt wird, und mehrere andere demselben folgende Senats-Schlüsse.

x) *L.* 52, §. 10 *D. pro socio.*

y) *L.* 24, §. 1 *D. de reb. auct. iud. poss.*: Divus Marcus ita edixit: Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita est, *privilegium exigendi* habet, etc.

z) *Capitolinus* in *Vita M. Antonini*, C. 8.

der unter demselben Kaiser gemacht worden, und die Forderung desjenigen, der *ad reficiendas aedes* creditirt, mit einem stillschweigenden Unterpfande gesichert habe. [a])

In spätern Zeiten wurde diese Hypothek noch mit einem besondern Vorzugsrechte versehen. Wann aber und unter welchen Umständen solches geschehen, ist unbekannt. *Justinian* erwähnt dieses Vorzugsrecht zwar als eine schon herkömmliche Sitte, erklärt sich aber weder über den Ursprung desselben, noch über die Forderungen, welchen das ad *reficiendas aedes* creditirte Geld vorgezogen worden, genau. [b]) — Ich werde weiter unten noch genauer untersuchen: ob *Justinian* das *Privilegium hypothecae* zuerst in Absicht dieses Pfandrechts eingeführt hat, oder ob es schon vor ihm Statt gefunden habe. Wir können vor der Hand annehmen, daſs zuerst denjenigen, welche *in restitutionem aedium* Geld angeliehen hatten, von *Marc Aurel* ein *Privilegium exigendi*, und hiernächst auf seinen Antrag durch einen Senats-Schluſs ein stillschweigendes Pfandrecht verliehen worden, [c]) das späterhin noch mit einem Vorzugsrechte verstärkt worden ist.

So viel von dem Ursprunge und den Fortschritten dieser Privilegien; jetzt wollen wir die Beschaffenheit derselben noch genauer untersuchen. [d]) *Marc Aurel* hat nach dem Zeugnisse der in dem *Justinianeischen* Gesetzbuche vorkommenden Fragmente die mehrerwähnten Privilegien nur denen gestattet, welche *in restitutionem aedium* Geld vorgeschossen haben. Sollen solche daher zur Anwendung kommen, so müssen

a) *L.* 1 *D. in quib. caus. pign.*: Senatus-Consulto, quod sub Marco Imperatore factum est, *pignus insulae* creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, etc.

b) *Nov.* 97, *C.* 3.

c) Daſs die stillschweigende Hypothek, welche demjenigen, der *in restitutionem aedium* creditirt hat, verliehen worden, jünger sey, als das *Privilegium exigendi*, flieſst schon aus der Natur der Sache, und ist es daher unbegreiflich, wie *Pet. Burrmann de vectigalib. pop. Rom.*, C. 6, das Gegentheil behaupten kann.

d) Die vorzüglichsten Schriften über die Privilegien desjenigen, welcher *in restitutionem aedium* Geld angeliehen hat, sind unstreitig: *Io. de Back D.* ad *Leg.* 1 *D. in quib. caus. pign.* Lugd. Bat. 1724; in *Oelrichs Thes. Diss. iurid. in Acad. Belg. hab.*, I, 3, p. 65. *C. F. Walch de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae.* Ien. 1771; auch in *Opuscul.*, III, S. 3, E. 4, p. 391.

1. *Aedes restituendae* vorhanden seyn. Sehen wir auf die Ursachen, welche den *Marc Aurel* veranlassten, den in *restitutionem aedium* creditirten Geldern so ansehnliche Vorrechte beyzulegen, so springt es sogleich in die Augen, dass unter *aedes* oder *aedificium* nicht jedes Gebäude, sondern nur ein wohnbares Gebäude nebst seinem Zubehör [e]) verstanden werden kann: denn die Absicht *Marc Aurels* dabey war keine andere, als die, zu verhüten, dass in Rom keine wüsten Plätze und ruinösen Gebäude angetroffen werden sollten. Noch mehr gewinnt diese Behauptung durch die sehr gegründete Vermuthung, dass *Marc Aurel*, wie auch schon oben bemerkt worden, zu den mehrgedachten Verfügungen durch den Schaden bestimmt worden, den eine Ueberschwemmung des Tibers in Rom angerichtet hatte. — Und wie würde auch sonst *Ulpian* in der *L. 1 D. in quib. caus. pign.* eines *pignus insulae* gedenken können, das dem Gläubiger, der *in restitutionem aedium* Geld creditirte, wäre verstattet worden?

So ausgemacht es mir auch aus der Vergleichung mit andern Stellen des Römisch-*Justinianeischen* Rechts zu seyn scheint, [f]) dass unter *Restitutio aedium* nur eigentlich die Wiederherstellung ganz verfallener, oder vernichteter, oder unwohnbar gewordener Gebäude verstanden werden müsse, so wenig bin ich doch abgeneigt, denjenigen beyzupflichten, [g]) welche unter *Restitutio* auch die Reparatur und Ausbesserung schadhaft gewordener Gebäude verstanden wissen wollen. Die Absicht des *Marc Aurel* bey jenen gesetzlichen Verfügungen rechtfertigt allerdings eine solche ausdehnende Erklärung, — nicht aber die, wenn man mit *Restitutio aedium* auch die Erbauung eines ganz neuen Gebäudes an einem Orte, wo bisher gar kein Gebäude gestanden hatte, oder eines Gebäudes von einer ganz andern Art verstehen wollte.

Ueber dies ging die Absicht *Marc Aurels* wohl nur auf Privat-Gebäude. Für die Wiederherstellung der öffentlichen Gebäude sorgte schon der Staat selbst. — Aber dem Bürger und Privat-Manne fehlte es häufig

e) Das Gegentheil behauptet *Walch*, *a. a. O.*, p. 24.

f) *L. 10, §. 1 D. quib. mod. usufr. amittit. L. ult. D. de pignor.*

g) *Walch a. a. O.*, S. 28 und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

an Credit, und mussten daher die Gebäude sehr oft in ihren Ruinen liegen bleiben, oder schadhafte Gebäude in Ruinen verwandelt werden.

2. Muss das Geld *in restitutionem aedium* ausdrücklich angeliehen worden seyn, wenn die Privilegien Statt finden sollen. Ob es dem Eigenthümer, oder demjenigen, welcher den Bau veranstalten wollte, oder dem Baumeister, der vermittelst eines Mieths-Contracts den Bau übernommen hatte, ist völlig einerley. So wohl nach *Ulpian* als *Papinian* in den oben angeführten Gesetzstellen macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger dem *Dominus* selbst, oder dem *Redemptor* das Geld creditirt hat. Unter *Redemptor*, (sc. *operis*,) wurde aber bey den Römern jede Person verstanden, die gegen ein gewisses Lohn einen Bau oder ein anderes Werk zu vollenden sich verpflichtete,[h]) daher auch in den Basilicis[i]) der *Redemptor* sehr richtig durch ἐργολάβος übersetzt wird. Jedoch darf ihm das Geld nicht anders als auf ausdrücklichen Befehl des Eigenthümers, (*domino mandante*,)[k]) creditirt werden, wenn es jene Vorrechte geniessen soll.

Aber noch nicht dies allein, dass das Geld *in restitutionem aedium* angeliehen worden, bewirkt es, dass dem Gläubiger das gesetzlich zugesicherte Privilegium zu Statten kommen könne, sondern es muss auch

3. wirklich das vorgeschossene Geld zu diesem Zwecke verwendet worden seyn. Hat daher der Schuldner das zur Wiederherstellung der Gebäude angeliehene Geld nur zum Theil zu diesem Zwecke verwendet, so kann der Gläubiger auf die mehrgedachten Privilegien nur zum Theil und in so weit die Verwendung geschehen ist, Anspruch machen.[l])

Von allem diesem ist der Gläubiger den Beweis zu führen schuldig, wenn er auf die Privilegien des *in restitutionem aedium* creditirten Geldes Anspruch machen will. Er muss a. beweisen, dass von ihm ausdrücklich das Geld zur Restitution eines Gebäudes creditirt worden sey, er möge nun solches durch die über die Anleihe selbst ausgestellte Handschrift, oder auf eine andere Art darthun.

h) *B. Brissonius* de *Verbor. signif.*, Lib. XVI, p. 1179.

i) *L.* XXV, T. 3, §. 1.

k) *L.* 1 *D. in quib. caus. pign.*: — qui redemptori *domino mandante* nummos ministravit.

l) *Walch a. a. O.*, §. 7.

Er muſs ferner b. erweiſen, daſs auch dieſes Geld entweder ganz oder zum Theil zur Wiederherſtellung des Gebäudes verwendet worden. — Hieraus folgt denn, daſs das zur Bezahlung der auf einen Bau bereits verwendeten Koſten angeliehene Geld nicht hierher gehört, weil man es nicht als *in reſtitutionem aedium* creditirt anſehen kann, — weil ferner auch der Grund der Geſetze nicht darauf paſst, obgleich ſonſt nichts daran gelegen iſt: ob das zur Wiederherſtellung eines Gebäudes vorgeſchoſſene Geld creditirt wurde, wie noch mit dem Baue gar nicht angefangen war, oder bereits der Anfang gemacht war, wenn derſelbe nur noch nicht ganz war vollendet worden.

Das *Privilegium exigendi,* welches *Marc Aurel* dem *in reſtitutionem aedium* creditirten Gelde beylegte, ergiebt ſich nach dem, was ich oben von dem *Privilegio exigendi* überall geſagt habe, von ſelbſt. Nur das ſtillſchweigende Pfandrecht, welches eben dieſer Kaiſer der mehrgedachten Forderung beylegte, verdient noch eine ausführlichere Erörterung.

Papinian ſagt in der *L.* 1 *D. in quib. cauſ. pign.:* es ſey dem Gläubiger ein *Pignus inſulae* verliehen worden. Unrichtig iſt dieſes Pfandrecht in den *Baſilicis* m) ausgedruckt, wo es heiſst: ὀδανείζων εἰς ἀνανεώσεν οἴκου ἢ κατὰ ἐντολὴν τοῦ δεσπότου χορηγῶν τῷ ἐργολαβῷ ἔχει τὸν οἶκον ὑποκείμενον, (*qui pecuniam mutuam dedit ad reſtitutionem domus vel domino mandante redemtor miniſtravit, domum obligatam habet.*) — Der Ausdruck: *Inſula*, bedeutet hier nicht nur das Gebäude ſelbſt, ſondern auch den ganzen Umfang des Grundes und Bodens, worauf daſſelbe belegen, und welcher zu dem Gebäude gehört, oder beſtimmter, das Wohnhaus nebſt allen dazu gehörigen Gebäuden, den Grund und Boden mit eingeſchloſſen. — Denn wird gleich unter *Inſula* in andern Stellen des Römiſchen Rechts bald ein Gebäude, bald der Platz allein verſtanden, worauf das Gebäude belegen iſt, ſo rechtfertigt ſich doch dieſe Erklärung ſehr gut, wenn man ſo wohl auf die Entſtehung dieſes Pfandrechts Rückſicht nimmt, als auf den Begriff, den *Papinian* ſelbſt in der *L.* 91 §. *ult. D. de legat. in* 3 mit dem Ausdrucke: *Inſula*, verbindet.

Wenn wir ſämmtliche Geſetze, welche von den Privilegien des *in reſtitutionem aedium* creditirten Geldes reden, zuſammen nehmen, ſo findet ſich, daſs

m) *a. a. O.*

darin immer nur von baarem Gelde die Rede ist, das der Gläubiger vorgestreckt hat, — nicht von andern Credit-Gebungen, die immer dem Bauherrn auch eben so nützlich seyn konnten. Man darf daher die mehrgedachten Privilegien nicht auf die Bau-Materialien und das Arbeitslohn ausdehnen, [n]) wenn gleich nicht zu läugnen ist, daſs der allgemeine Grund der Gesetze diese Ausdehnung rechtfertigen würde. — Denn 1. ist hier von Privilegien die Rede, durch welche andere Gläubiger nicht wenig leiden. — Und dann 2. schlieſsen die Gesetze selbst dadurch, daſs sie die Credit-Gebung so genau bestimmen, alle ausdehnende Erklärung aus. Es kommt noch hinzu, daſs es für einen Bauherrn viel leichter ist, Bau-Materialien geborgt zu erhalten, als baares Geld. [o])

Wenn ich mich nicht sehr irre, so waren die Privilegien des *in restitutionem aedium* creditirten Geldes bloſs auf Rom, und höchstens auf das Hauptland eingeschränkt, und blieben es auch in der Folge der Zeit. — In dem zweyten Rom, — in Constantinopel, — hat man auch gewiſs in der Folge davon Anwendung gemacht, da Alles, was von Rom galt, auch von Constantinopel gelten muſste. — Auf die Provinzen hat man solche gewiſs nicht erstreckt. — Denn muſste sogar erst *Justinian* eine so allgemein nützliche Hypothek, wie die des Verpachters und Vermiethers war, durch eine eigne Constitution auf die Provinzen erstrecken; so kann man wohl als ausgemacht annehmen, daſs man den Privilegien des *in restitutionem aedium* creditirten Geldes keine weitere Ausdehnung gegeben habe, als welche ihnen von Anfang eigen war, da sie bloſs die Verschönerung der Hauptstadt des Römischen Staats zum Zwecke hatte.

Auf die Privilegien des *in restitutionem aedium* creditirten Geldes folgt

III. Die stillschweigende Hypothek des Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben. — *Papirius Justus* giebt uns in der *L. 7 D. de publican.* davon Nachricht, daſs die Kaiser *Antonius* und *Varus* rescribirt hätten: *in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere.* Es scheint zwar anfänglich, als wenn die Kaiser hier nichts neues verordnet, am wenigsten aber ein stillschweigendes Pfandrecht dem Fiscus bey-

n) Eine solche Ausdehnung nehmen *Fr. Es. Puffendorff*, in *Obs. iur. univ.*, II, 170, p. 541, und *Walch*, *a. a. O.*, §. 6, an.

o) Vergleiche *S. F. Rivinus* in *Enunciat. iur.*, Tit. 43, p. 1514. *G. L. Böhmer* in *Elect. iur. civil.*, I, 12, p. 393 seq.

gelegt hätten, indem Steuern und Abgaben als eine Real-Last von je her auf den Grundstücken hafteten, und daher auch von jedem Besitzer der Grundstücke gefordert werden konnten. — Allein wenn wir darauf Rücksicht nehmen, dass hier von rückständigen Steuern und Abgaben die Rede ist, so zeigt es sich bald, dass das Rescript der Kaiser von nichts anderm, als von einem stillschweigenden Pfandrechte zu verstehen ist, dem das Grundstück unterworfen wird, und wo dem jetzigen Besitzer nichts übrig bleibt, als die rückständigen Abgaben zu bezahlen, oder dem Fiscus zuzugestehen, dass er sein Hypothek-Recht an den Grundstücken geltend mache.

Die *utilis actio*, die *Jac. Constantinäus* p) in dem Nachsatze der *L. 7 D. de publican.: eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros*, finden will, kann dabey immer sehr gut bestehen. Man braucht sich die Sache nur so zu denken. Die Kaiser gaben dem Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben ein Pfandrecht an den Grundstücken selbst, worauf solche hafteten, und eine *utilis actio* gegen den gegenwärtigen Besitzer, wobey ihm nun die Wahl frey stand, die Rückstände zu entrichten, oder das Grundstück fahren zu lassen, und dem Fiscus zu erlauben, sein Hypothek Recht darauf geltend zu machen. Die *utilis actio* gereichte wirklich zum Nutzen des gegenwärtigen Besitzers, weil sonst der Fiscus nur geradezu sein Hypothek-Recht gegen ihn hätte geltend machen können.

Das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus, wovon ich bisher gesprochen habe, war bey dem allen nur ein specielles. Eine wichtige Ausdehnung desselben kommt weiter unten vor. Ich muss hier nur noch bemerken, dass *Vectigal* in dem oben angeführten Fragmente der Pandecten nicht bloss die Abgabe von *Agris vectigalibus* bedeuten kann, (denn da würde von einem Pfandrechte gar nicht einmahl die Rede seyn können,) sondern eine gewisse Art von Abgaben, welche die Römer unter der Benennung: *Vectigal*, zusammen fassten, und von andern grössern Abgaben unterschieden.

p) *Subtil. Enodot.*, in *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, IV, 551. Vergleiche übrigens noch über dieses Gesetz *Cujaz.* in *Oper.*, III, 234, den *Constantinäus*, *l. c.*, wegen seiner Verbesserungen, zum Theil mit Recht, zum Theil aber auch ohne Grund tadelt, und *Leonini Emendat. s. observ.*, 22.

Fast um eine und eben dieselbe Zeit kommt

IV. Das *Privilegium hypothecae* vor, welches dem Fiscus in Absicht der Güter desjenigen beygelegt wird, mit welchem er eine Anleihe abgeschlossen hat, und von dem er sich ein allgemeines Pfandrecht hat ertheilen lassen, in so fern nämlich diese Güter nach abgeschlossenem Contracte erworben worden sind. Dieses merkwürdige *Privilegium hypothecae* kommt in der *L. ult. D. qui potior. in pign.*, q) ein *Responsum* des *Q. Mucius Scävola*, vor, der zu *M. Antonins* Zeiten lebte und einer seiner geheimen Räthe war, wenn er gleich erst nach dessen Tode und unter dem *Commodus* schrieb. Der Text lautet folgender Gestalt: *Titius Seiae* 1. *ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea* 2. *mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit; et* 3. *intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam* novatione facta *eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nil proponi, cur non sit praeferenda.*

Ehe ich zur Erklärung dieses schwierigen Gesetzes selbst schreiten kann, muss ich Folgendes im Voraus erinnern. Es kann in demselben von der allgemeinen stillschweigenden Hypothek des Fiscus in dem Vermögen derjenigen, mit welchen er contrahirt hatte, nicht die Rede seyn, denn diese fällt in spätere Zeiten, wie ich weiter unten zeigen werde. — Es wird auch in dem Gesetze selbst, mit deutlichen Worten, einer ausdrücklichen Verpfändung gedacht,

q) Bey der Erklärung dieses, wie sich gleich hernach zeigen wird, sehr schwierigen Gesetzes haben doch die eleganten Juristen wahrhaftig so wenig geleistet, dass man sie kaum citiren möchte. *Guil. Fornerii Select.*, II, 24; in *Ev. Ott. Thes. iur. Rom.*, II, 74. *Lud. Vitalis Lection. variar.* II, 22; in *Ev. Ott. Thes.*, *c. l.*, 686. *Noodt Oper.*, II, 447. *Pacii* 'Εναντ., V, 29. *Nic. de Passeribus Leg. conciliat.*, 648. *Fabri Coniect.*, 66, — und vollends *d'Espeisses Oeuvr.*, IV, 392. — Man sehe jedoch auch *Pet. Toullieu* in *Dissertat.*, (Grön. 1737,) Diss. 4.

welche ſonſt unnöthig geweſen wäre, oder doch nicht erwähnt zu werden brauchte. Es iſt ferner kein Geſetz oder eine kaiſerliche Conſtitution bekannt, worin das *Privilegium hypothecae*, wovon das Geſetz gemeinhin verſtanden wird, gebilligt wäre, und muſs daher daſſelbe, wenn es überall aus dem Geſetze erhellt, in dem Herkommen oder in der Meinung der Rechtslehrer ſeinen Grund haben.

Viele Juriſten ſind der Meinung, daſs in dem angeführten Geſetze von dem *Privilegio hypothecae* des Fiscus gar nicht die Rede ſey, indem *Scävola* es noch nicht kennen könne, da es zuerſt bey *Ulpian* in der *L.* 28 *D. de iure fiſci* vorkomme. [r]) — Dieſe finden denn auch natürlich eine Antinomie in den Entſcheidungen des *Scävola* und des *Ulpian*. — Andere Rechtslehrer, die für die Meinung ſind, daſs allerdings auch ſchon *Scävola* das Privilegium der fiscaliſchen Hypothek gekannt habe, haben eine Vereinigung der *L.* 21 *pr. D. qui potior in pign.* mit *L.* 28 *D. de iure fiſci*, wiewohl mehrentheils mit ſchlechtem Erfolge, verſucht. [s]) *Runde*, [t]) der gleichfalls dem *Scävola* eine Bekanntſchaft mit dieſem fiscaliſchen Privilegio zugeſteht, iſt hier zu kurz und unvollſtändig.

Am richtigſten iſt wohl die Meinung des *Cujaz*, [u]) nach welcher in der *L.* 21 *pr. D. qui pot. in pign.* davon nicht directe die Rede iſt: ob der Fiscus der *Seja* in den nach dem Contracte erworbenen Gütern des Schuldners vorgezogen werden müſſe, ſondern vielmehr nur indirecte und folgeweiſe.

Ich will zuerſt den Inhalt des Geſetzes ſelbſt entwickeln, und hiernächſt zeigen: ob *Scävola*, nach dem Inhalte des Geſetzes zu urtheilen, das Privilegium der fiscaliſchen Hypothek gekannt habe oder nicht.

Die *Species facti*, welche *Scävola* vorlegt, beſteht aus drey Stücken. I. *Titius* hatte der *Seja* wegen einer Forderung, wozu er ihr wegen geführter Vormundſchaft verurtheilt war, ſein ganzes, gegenwärtiges ſo wohl als zukünftiges, Vermögen verpfändet. II. Nachher ſchloſs er mit dem Fiscus einen Anlehns-Contract ab, und verpfändete dieſem auf gleiche Weiſe ſein Vermögen; III. trug hierauf der *Seja* einen Theil der Schuld ab, (*intulit* ſ.

r) Vergleiche *Wiſſenbach Disp. ad Digeſt.*, 39, No. 19. *Voet Comment. ad Pand.*, XX, 4, §. 24. u. a. m.

s) Vergleiche hier vorzüglich die oben in Note d) angeführten Rechtslehrer, auch *Wolbers* in *Obſerv.*, C. 3.

t) *L. c.*, §. 30.

u) L. X, Obſ. 22.

folvit,) und wegen des Reftes ging er mit ihr eine Novation ein, und fügte derfelben eine abermahlige Verpfändung feiner fämmtlichen Habe und Güter bey, (*ut fupra de pignore convenit.*) Nun entftand ein Concurs des Fiscus mit der *Seja*, und es wurde gefragt: ob die *Seja* dem Fiscus vorgezogen werden müffe: 1. in Abficht des Vermögens, das *Titius* zur Zeit der erften Verpfändung, (*tempore prioris obligationis,*) gehabt, nicht weniger 2. in Anfehung des Vermögens, das er nachher, (*poft priorem obligationem,*) erworben, bis fie ganz befriedigt worden; und die Entfcheidung diefer Frage fällt bejahend aus, (*nil proponi, cur non fit praeferenda.*)

Nimmt man nun auf die vorgelegte Frage und deren Grund genau Rückficht, fo ergiebt fich fogleich, dafs hier nicht von dem Vorzuge der *Seja* vor dem Fiscus in den, nach dem zwifchen dem *Titius* und dem Fiscus abgefchloffenen Contracte von dem erftern erworbenen Gütern die Rede ift, fondern von denen, welche vor dem Contracte, und nach Entftehung der Verbindlichkeit, womit *Titius* der *Seja* verhaftet war, erworben wurden, und davon auch nur die Worte: *item in his rebus, quas poft priorem obligationem adquifivit*, verftanden werden können.

Denn die Frage wurde um defswillen aufgeworfen, weil man glaubte: das Recht der *Seja*, als ältere Pfandgläubigerinn dem Fiscus vorzugehen, fey durch die Novation verloren gegangen und diefer Meinung war *Scävola* nicht, fondern er hielt vielmehr dafür, dafs das bereits erlangte Pfandrecht nur allein beftätigt und wiederholt worden, und daher entfchied er die Frage dahin: dafs die *Seja* nicht nur in Anfehung des zu der Zeit, zu welcher ihre Forderung entftanden war, vorhandenen Vermögens, fondern auch deffen, das der Schuldner nachher, nämlich bis auf die Zeit, als der Fiscus mit ihm den Anlehns-Contract abgefchloffen hatte, erwarb, vorgehen follte. Den Vorzug des Fiscus in dem nach abgefchloffenem Contracte erworbenen Vermögen zog *Scävola* gar nicht in Abrede, und ging feine Entfcheidung darauf nicht, weil davon nicht die Rede war.

Aber, möchte man fragen, wenn von dem Vorzuge des Fiscus in dem nach abgefchloffenem Contracte mit ihm von dem Schuldner erworbenen Vermögen gar nicht die Rede war, woher will man denn beweifen, dafs *Scävola* diefes fiscalifche Privilegium fchon gekannt habe? Ich antworte darauf: Es folgt folches aus feiner ganzen Darftellung der Rechtsfrage, und daraus, wie er fich dre-

het und wendet, um dem Fiscus nicht zu nahe zu treten. Besonders deuten die Worte: *Item in his rebus* etc.; darauf hin. Man wende nicht ein, dass ja dabey nicht ausdrücklich bemerkt worden, ob die *Seja* den Vorzug in allen *post priorem obligationem* erworbenen Sachen, oder nur bis auf den mit dem Fiscus abgeschlossenen Contract haben solle. *Scävola* befleissigt sich überall der Kürze, und zeigt uns auch nicht einmahl bey den Worten: *novatione facta*, wie die Novation und die damit verbundene zweyte Verpfändung beschaffen gewesen, welches wir erst aus seiner Entscheidung entnehmen müssen.

Deutlicher als *Scävola* erklärt sich der spätere *Ulpian* über das mehrgedachte fiscalische Privilegium in der *L.* 28 *D. de iure fisci. Si qui mihi obligaverat, quae habet habiturusve esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, praevenit enim causam pignoris fiscus.*

Vorläufig muss ich bemerken, dass in dem Zeitalter, worin *Ulpian* schrieb, v) bereits dem Fiscus ein stillschweigendes Unterpfandsrecht an dem Vermögen derjenigen beygelegt war, mit welchen er contrahirt hatte, in so fern nämlich das Vermögen nach dem mit ihm abgeschlossenen Contracte war erworben worden. Es ist mir daher wahrscheinlich, dass *Ulpian* hier bloss von einer Ausdehnung des schon zu *Scävola's* Zeiten bekannten fiscalischen Privilegii auf diese dem Fiscus ertheilte stillschweigende Hypothek spricht.

So gross auch die Zahl derjenigen Rechtslehrer ist, welche aus diesem Gesetze das privilegirte Pfandrecht des Fiscus an den nach abgeschlossenem Contracte von dem Schuldner erworbenen Gütern vertheidigen, so fehlt es dagegen auch nicht an solchen, welche durchaus nichts von diesem Privilegio wissen wollen, sondern das eben bemerkte Gesetz, so deutlich es auch zu seyn scheint, ganz anders erklären. So z. B. erklärt *Anton Faber* w) die in dem Gesetze gedachte Prävention des Fiscus daraus, weil die allgemeine Hypothek des Fiscus auch in Ansehung des künftigen Vermögens des Schuldners sich bereits von der Zeit des mit ihm abgeschlossenen Contracts anfange, da im Gegentheile die allgemeine Hypothek der Privat-Gläubiger auf das künftige Vermögen des Schuldners

v) Das angeführte Gesetz ist aus Libr. III *Disput.* des *Ulpian.* Ich bemerke dies besonders wegen der weiter unten folgenden Erklärung.

w) *Coniecturar.*, II, IX, p. 66.

nicht eher als von der Zeit an, da er dasselbe erwirbt, seine Wirkung erstrecke. So ferner behauptet *Westphal:* x) das angeführte Gesetz sey von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner der Zeit nach eher mit dem Fiscus als mit dem Pfandgläubiger contrahirt habe, und die zweifelhafte Frage: wem von beyden der Vorzug zukommen solle; sey nur daher entstanden, weil eine allgemeine stillschweigende Hypothek, dergleichen hier die Hypothek des Fiscus war, nach dem ältern Rechte in der Regel sich nicht auf das zukünftige Vermögen des Schuldners erstreckt habe, hingegen die Hypothek des jüngern Pfandgläubigers, — des Fiscus, — ausdrücklich auf das zukünftige Vermögen des Schuldners gerichtet gewesen sey. So endlich glaubt *Hellfeldt,* y) bey dem Vorzuge der fiscalischen Hypothek, deren in der *L.* 28 *D. de iure fisci* gedacht wird, liege gar nicht etwa ein besonderes Privilegium zum Grunde, sondern entspringe vielmehr derselbe aus dem gemeinen Rechte, und finde der Zeitordnung nach Statt, und zwar auf folgende Weise: Ob gleich mit dem Privat-Gläubiger eher als mit dem Fiscus contrahirt worden sey, so könne doch das in Rücksicht auf fremde Sachen, und also auch in Rücksicht auf das zukünftig zu erwerbende Vermögen, bestellte Pfand nicht eher, als von der Zeit der wirklichen Erwerbung an gerechnet, die Wirkung eines dinglichen Rechts erlangen. Hieraus folge, dass die, verschiedenen Gläubigern, zu verschiedenen Zeiten bestellte allgemeine Hypothek in Ansehung des zukünftigen Vermögens, gleichwohl zu gleicher Zeit, nämlich erst nach erfolgter Erwerbung von dem Schuldner, ihren Anfang nehme, mithin keiner von diesen mehrern Gläubigern vor dem andern eigentlich einen Vorzug aus dem Grunde der Zeitordnung haben könne, wofern nicht eine andere besondere Ursache dazu vorhanden sey. Diese Gleichheit würde auch in dem gegenwärtigen Falle zwischen dem Fiscus und dem Privat-Gläubiger Statt finden, wenn nicht der Fiscus dem ältern Gläubiger aus andern Ursachen vorginge. Eine solche Hauptursache aber sey, ausser dem allgemeinen fiscalischen Privilegio, unter allen Gläubigern den ersten Platz zu nehmen, hauptsächlich auch diese, dass der Fiscus schon vor der von dem Schuldner wirklich geschehenen Erwerbung an dessen zukünftigem

x) Im *Pfandrechte*, S. 242.

y) In der D. *de Hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis;* in *Opuscul.*, Nr. X.

Vermögen gewiſſer Maſsen ein Pfandrecht erlangt habe, indem ja unter andern dem Fiscus das beſondere Vorrecht zuſtehe, dasjenige zu vindiciren, was der Schuldner zu deſſen Nachtheile zu erwerben unterlaſſen habe, — ein Recht, wovon ich weiter unten ausführlicher handeln werde. Dieſe *Hellfeldtiſche* Meinung iſt hernach von *Eichmann* z) noch weitläuftiger ausgeführt und vertheidigt worden.

Ich habe mich ſchon oben geradezu für die gemeine Meinung und für diejenigen Rechtslehrer erklärt, welche in der *L.* 28 *D. de iure fiſci* ein ſtillſchweigendes privilegirtes Pfandrecht des Fiscus an den von dem Schuldner nach abgeſchloſſenem Contracte erworbenen Gütern zu finden glauben. Die Meinung *Anton Fabers* läſst ſich ſchon um deſswillen gar nicht annehmen, weil ſonſt der beſondere Schluſs daraus folgen würde, daſs der Fiscus auch vor demjenigen Gläubiger, dem der vorige Eigenthümer einer Sache ſchon zuvor, ehe noch der Schuldner des Fiscus dieſelbe an ſich brachte, eine Hypothek daran verliehen, ein Vorzugsrecht haben müſste. Eben ſo ſtehen der wirklich ſcharfſinnigen Meinung *Weſtphals* mancherley Zweifel entgegen. Denn ſo leidet 1. der Zuſammenhang des Geſetzes die Erklärung nicht, welche er davon giebt. In den Worten des Geſetzes: *Si qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque eſſet, cum fiſco contraxerit;* iſt offenbar die Rede von einem Contracte, den der Fiscus mit einem Schuldner erſt nachher, da der Gläubiger ſich ſchon mit demſelben eingelaſſen hatte, geſchloſſen hat. Es läſst ſich auch 2. gar nicht erweiſen, daſs nach dem ältern Römiſchen Rechte eine allgemein ſtillſchweigende Hypothek ſich nicht auf das zukünftige Vermögen des Schuldners erſtreckt haben ſollte, vielmehr kommt gerade das Gegentheil mit der Natur und dem Zwecke allgemeiner ſtillſchweigender Hypotheken überein. Die *Hellfeldtiſche*,

z) In der Abh. *von dem Pfandrechte des Fiscus an den Gütern derjenigen, mit welchen er einen Vertrag eingegangen hat.* Frankf. und Leipzig 1773. *Eichmann* vertheidigt hier die von *Joh. Fr. Kämpffe* in der unter *Schotts* Vorſitze gehaltenen Diſſertation, (*De vera cauſa praerogativae hypothecae fiſci in bonis a debitore poſt contractum adquiſitis, ad L.* 28 *D. de iure fiſci.* Lipſ. 1772,) angegriffene *Hellfeldtiſche* Meinung; und da ſich *Schott* in der *unparteyiſchen Critik über die neueſten Schriften*, St. 52, Nr. 11, ihm entgegen ſetzte, ſo verantwortete er ſich in *ſeiner Erläuterung der Abhandlung, vom Pfandrecht des Fiscus an den Gütern derjenigen, mit welchen er einen Vertrag eingegangen hat.* Fr. und Leipz. 1774.

von *Eichmann* noch weiter vertheidigte, Meinung ist, wenn man sie genau erwägt, nicht nur ein bloſses Wortspiel, sondern enthält auch über dies offenbare Unrichtigkeiten. Denn so kann 1. das Pfandrecht zweyer Gläubiger, welches dieselben zu verschiedenen Zeiten, in Rücksicht auf das zukünftige Vermögen ihres Schuldners, erlangt haben, zur Zeit der erfolgten Erwerbung keinesweges als gleich angesehen werden. Denn obgleich eine Hypothek in Ansehung des zukünftigen Vermögens nicht eher, als nachdem dasselbe der Schuldner wirklich erworben hat, ihre völlige Wirkung äuſsern kann, so fängt sich doch die Fähigkeit dazu schon von Zeit der gemachten Schuld an. Wer nun die Fähigkeit zur wirklichen Hypothek in dem zukünftigen Vermögen des Schuldners zuerst erlangt hat, der muſs auch in Ansehung der Wirkung nach erfolgter Erwerbung den Vorzug schlechterdings haben. Es würde also nach dem gemeinen Rechte und der Zeitordnung in dem in der *L.* 28 *D. de iure fisci* gedachten Falle eigentlich dem ältern Privat-Pfandgläubiger vor dem Fiscus der Vorzug gebühren, wenn dieser nicht vor jenem bloſs durch ein besonderes Privilegium ein Vorzugsrecht erlangt hätte. 2. Das allgemeine fiscalische Privilegium, unter allen Gläubigern den ersten Platz einzunehmen, das die Gesetze und Römischen Rechtsgelehrten dem Fiscus verstatten, und dessen *Paulus* [a]) in den Worten: *privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere;* gedenkt, ist bloſs von einem persönlichen Privilegio zu verstehen, kraft dessen der Fiscus den bloſs persönlichen oder Handschriftsgläubigern vorgeht, nicht aber von dem Vorgange desselben bey der Concurrenz mit den Pfandgläubigern, sondern hier geht dem Fiscus in der Regel derjenige vor, der in Ansehung des Pfandrechts die Erstigkeit der Zeit hat. 3. Die Befugniſs des Fiscus, dasjenige zu vindiciren oder vielmehr zu revociren, was der Schuldner zu dessen Nachtheile vorsätzlicher Weise zu erwerben unterlassen hat, welche ihm die Gesetze einräumen, gründet sich keinesweges auf ein Pfandrecht, sondern vielmehr auf eine besondere Gunst gegen den Fiscus, und kann daher hier im mindesten nicht in Anschlag gebracht werden.

Offenbar ist es, daſs der Grund des Vorzugsrechts der fiscalischen Hypothek, dessen in der *L.* 28 *D. de iure fisci* gedacht wird, auf einem besondern Privi-

a) *Recept. sentent.*, Lib. V, Tit. 12, §. 10.

legio beruhe, und nicht aus dem gemeinen Rechtssatze von dem Vorzuge eines ältern hypothekarischen Gläubigers, wie *Hellfeldt* und *Eichmann* glauben, abgeleitet werden müsse. Es ist gezeigt worden, dass das Pfandrecht des Fiscus, dessen in den Gesetzen gedacht wird, wenn wir uns genau an die Vorstellungsart in den Gesetzen selbst halten, weder seiner Natur nach älter ist, als das des Gläubigers, mit welchem er concurrirt, noch dass es solches vermöge einer Rechtserdichtung seyn kann. Nun zur Analyse des Gesetzes selbst. *Ulpian* stellt hier 1. einen Gläubiger vor, welchem der Schuldner sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet hatte; 2. den Fiscus, der mit dem Schuldner nachher contrahirt, und vermöge der Gesetze wegen der aus dem Contracte herrührenden Forderungen ein allgemeines stillschweigendes Pfandrecht an dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners erlangt hatte. Nun sagt er: *Sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus.* *Papinian* legt hier geradezu dem Fiscus das Vorzugsrecht wegen seiner Forderung in dem von dem Schuldner hernach, da er den Contract mit dem Fiscus abgeschlossen hatte, erworbenen Vermögen bey, und *Ulpian* tritt seiner Entscheidung bey, und fügt noch als Grund seines Beytritts hinzu: *praevenit enim causam pignoris fiscus.* — Wir lassen es dahin gestellt seyn, was *Ulpian* mit diesen Worten sagen will, zumahl da sie sich durch Vergleichung mit andern Gesetzstellen, worin dem Fiscus Gerechtsamen sind zugeeignet worden, so wenig als aus der Natur der Sache erklären lassen. Vielleicht lag dabey eine besondere Idee *Ulpians* zum Grunde, oder er wollte auch nur etwas sagen, um seinen Beytritt zu rechtfertigen! — Doch nicht eine besondere Idee *Ulpians*, wenn man diese seine Worte mit andern Gesetzstellen vergleicht, wo ebenfalls der Ausdruck: *praevenit*, vorkommt; z. B. *L. 2 C. de privil. fisci.* — *Ulpian* will damit so viel sagen: der Fiscus sey in Ansehung der nach dem Contracte erworbenen Güter den andern Gläubigern zuvor gekommen. Aber wie konnte er dies nach den oben entwickelten Grundsätzen? Sollte sich nicht so wohl *Papinian* als *Ulpian* hier geirrt haben? sollten sie wohl nicht ein Vorrecht des Fiscus in Gedanken gehabt haben, das gar nicht existirte?

Ich glaube nicht. Eher scheint es mir, als wenn Beyde von einem Gesetze unrichtige Anwendung gemacht haben, das von dem Vorzuge des Fiscus handelt.

Ulpian sagt, nachdem er die Entscheidung des *Papinian* vorgetragen hatte: *quod et constitutum est.* Zielen diese Worte, wie *Westphal* b) bemerkt, auf die Verordnung der *L.* 2 *C. de privil. fisci*, so ist nichts ausgemachter, als diese Behauptung. Nach diesem Gesetze soll der Fiscus, wegen der aus dem mit dem Schuldner eingegangenen Contracte herrührenden Forderung, vor dem Brautschatze den Vorzug haben, wenn er eher contrahirt hatte, als das Vermögen des Schuldners der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes verhaftet wurde. Ohne Zweifel wandte man dies auf den in der *L.* 28 *D. de iure fisci* enthaltenen Fall an, und glaubte, daſs auch in Rücksicht auf das Pfandrecht der Fiscus dem andern Pfandgläubiger, in dem nach dem Contracte erworbenen Vermögen, zuvor gekommen sey, und daher demselben vorgezogen werden müſse.

Aber konnte denn durch das Responsum eines *Papinian* und *Ulpian* die Hypothek des Fiscus in eine privilegirte verwandelt werden? c) Diese Frage ist allerdings zu verneinen; aber was relevirt sie hier? — Die Entscheidung beyder Rechtsgelehrten ist einmahl in die Pandecten aufgenommen und dadurch Gesetz geworden. War sie gleich, wie ich wenigstens dafür halte, grundfalsch; so hat *Justinian* sie doch bestätigt, und damit zugleich das dem Fiscus darin beygelegte privilegirte Pfandrecht. d)

So viel von dem Vorzugsrechte des Fiscus an und für sich selbst. Nun wollen wir auch untersuchen: welche Güter des Schuldners, mit welchem der Fiscus contrahirt hat, als nach abgeschlossenem Contracte erworbene Güter angesehen werden können? weil auf diese nur allein sich das Privilegium des Fiscus erstreckt. Halten wir uns strenge an die *L.* 28 *D. de iure fisci*, so muſs dahin jeder Zuwachs gerechnet werden, den das Vermögen des Schuldners nach dem mit dem Fiscus abgeschlossenen Contracte erhält, es möge derselbe aus den bereits zur Zeit des geschlossenen Contracts von dem Schuldner

b) Im *Pfandrechte*, S. 243.

c) Diesen Einwurf macht *Eichmann* in der *Erläuterung seiner Abhandlung vom Pfandrechte des Fiscus*, S. 8, gegen *Schott* in der *unparteyischen Critik*, St. 52, S. 170.

d) Vergleiche sonst noch über die *L.* 28 *D. de iure fisci*: *Guil. Fornerii Selection.*, Cap. XXIV.; in *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, pag. 74. *Franc. Mars. Gordonii Praetermiss. iur. civil.*, C. XVIII.; ibid., pag. 890. *Ulr. Huber Prael. iur. civil.*, p. 1095. *P. Busii Subtilitates iuris*, p. 197. *Nic. de Passeribus Leg. conciliat.*, p. 648. *I. Pacii* Ἐναντιοφαν., V, 9. *Noodt*, in *Oper.*, II, 447. *Pet. de Toullieu* D. *ad hanc leg.* Grön. 1737.

beſeſſenen Gütern, oder aus einem neuen Erwerbe herrühren. So wenig auch das letztere einem Zweifel unterworfen iſt, ſo ſehr ſcheint ſich doch das erſtere beſtreiten zu laſſen, und es fehlt auch nicht an Rechtslehrern, [e]) welche durchaus nicht zugeben wollen, daſs die von dem Schuldner zwar nach dem Contracte mit dem Fiscus, allein mit ſeinem vorigen Vermögen erworbenen Güter für ſolche *bona poſt contractum quaeſita* gehalten werden könnten, in welchen dem Fiscus das Vorzugsrecht gebühre. Allein ſo bald man nur die Sache in genaue Erwägung zieht, ſo heben ſich dieſe Zweifel bald von ſelbſt. Denn ſo wird 1. in der *L. 28 D. de iure fiſci* dem Fiscus ſchlechthin ein Vorzugsrecht in der *re debitoris poſtea quaeſita* beygelegt; und wo das Geſetz keinen Unterſchied macht, darf auch der Rechtsgelehrte ſolchen nicht machen. 2. Gehören auch zu den *bonis poſtea acquiſitis*, wovon hier die Rede iſt, alle und jede Güter, die der Schuldner nach dem Contracte mit dem Fiscus erwarb, ſie mögen nun mit ſeinem ſchon habenden Vermögen angeſchafft oder ſonſt erworben werden, denn alle Mahl bleiben ſie doch in Rückſicht auf die gegenwärtige Acquiſition neu erworbene Güter. Es muſs daher völlig einerley ſeyn, ob der Schuldner etwas erkauft, oder durch den Tauſch-Contract erwirbt, oder ob ihm daſſelbe ſo zufällt und von ihm erworben wird. So bald ein ſolcher Erwerb ſich nur nach dem mit dem Fiscus abgeſchloſſenen Contracte ereignet hat, ſteht demſelben das Vorzugsrecht in dieſem Vermögen zu. Man möchte entgegen ſetzen, daſs ja das Pfandrecht der ältern Gläubiger ſich darüber ſchon erſtrecke, was der Schuldner mit dem Vermögen, welches er zur Zeit des mit dem Fiscus abgeſchloſſenen Contracte bereits beſaſs, erworben hat, indem dieſes an die Stelle des abgegangenen Vermögens trete. Allein dieſer Einwand iſt bloſs ſcheinbar. Denn tritt gleich das, was der Schuldner mit ſeinem vorher gehabten Vermögen erwirbt, wieder in ſo fern an deſſen Stelle, daſs es ſeinem Vermögen einverleibt wird: ſo wirkt doch dieſes an die Stelle treten nicht auch zugleich, daſs das dem Gläubiger an dem abgegangenen Vermögen erworbene Pfandrecht auch an dieſem nun neu erworbenen gleiche Eigenſchaft mit dem vorigen erhält; ſondern auch an dieſem muſs das Vorzugsrecht des Fiscus begründet werden, weil er mit den an-

e) Vergleiche z. B. *Berger Oeconom. iur.*, *Bedenken*, Th. I, Bed. 38. Lib. II, Tit. 5, Th. 3, No. 1. *Struben Rechtl.*

dern ſchon vorhandenen Pfandgläubigern hieran zu gleicher Zeit ein Pfandrecht erworben hat, und ihnen, vermöge ſeines Privilegiums, daher vorgehen muſs. f)

Da *Ulpian* in der *L.* 28 *D. de iure fiſci* ganz allgemein eines mit dem Fiscus abgeſchloſſenen Contracts erwähnt; ſo müſſen wir auch annehmen, daſs dem Fiscus das privilegirte Unterpfand ſo oft zuſtändig ſey, als er mit jemanden contrahirt hat, der Contract möge hinaus gehen, worauf er wolle. Es ſteht demſelben daher auch an dem Vermögen ſeiner Adminiſtratoren zu, welches dieſelben nachher, da ſie bereits in ſeinen Dienſt getreten waren, erworben hatten, indem er allerdings auch mit dieſen contrahirt hat. Auf allen Fall kann indeſs dieſes fiscaliſche Privilegium denjenigen nicht nachtheilig ſeyn, welche ſchon vorher, ehe noch der Schuldner die Sache erwarb, daran ein Pfandrecht hatten. Uebrigens nimmt das privilegirte Pfandrecht des Fiscus nicht von der Zeit des Contracts, ſondern vielmehr von der Zeit ſeinen Anfang, da dem Schuldner die Güter, welche ein Gegenſtand deſſelben ſind, neu erworben werden.

Auf das fiscaliſche *Privilegium hypothecae* folgt der Zeit nach

V. das dem Brautſchatze ertheilte *Privilegium exigendi*, welches zwar ohne Zweifel ſchon früher vorhanden war, deſſen aber doch zuerſt in der *L. un. C. de privil. dotis*, g) einem Reſcripte der Kaiſer *Septimius Severus* und *Caracalla*, Erwähnung geſchieht. — Die Einführung der laxen Ehe bey den Römern, die häufigen Eheſcheidungen und die anfänglich ſehr groſse Gewalt der Ehemänner über den Brautſchatz, ſcheinen zur Einführung dieſes Privilegiums die erſte Veranlaſſung gegeben zu haben. — Die Frau genoſs daſſelbe jedoch nur nach der Natur des *Privilegii exigendi* überhaupt, wenn ſie es mit andern chirographariſchen Gläubigern zu thun hatte, nicht, wenn ſie ſich zu ihrer Sicherheit ein Unterpfand wegen des Brautſchatzes hatte beſtellen laſſen, weil hier lediglich das Alter des Pfandrechts den Ausſchlag gab. h) Es fiel auch das *Privilegium exigendi* ſchon von ſelbſt weg, wenn die Dotal-Sachen der Frau, auf welche es lediglich eingeſchränkt war, noch vorhanden waren, weil die Frau ſie nur alsdann geradezu vindiciren konnte. *Juſtinian* war nicht der Erſte, der zum Beſten des Brautſchatzes Verordnungen erlieſs. Schon vor ihm finden ſich kaiſerliche Verfü-

f) *Hellfeldt*, *a. a. O.*, §. 27 und 28. *Eichmann* in *der Erläuterung* u. ſ. w., §. 3.

g) Scire debes, *privilegium dotis*, quo mulieres utuntur, in actione de dote ad heredem non transire.

h) *L.* 2 *C. de privil. fiſci.*

gungen, [i] die, wenn sie gleich der Ehefrau kein Pfandrecht wegen des Brautschatzes ertheilen, doch auf die Sicherung desselben Bedacht nehmen.

Nach *Ulpian*, in der *L.* 17, §. 1 *D. de reb. auct. iudic. possid.*, [k]) steht das *Privilegium exigendi*, welches dem Brautschatze verliehen worden ist, nicht bloss der Ehefrau, sondern auch der Braut zu, wenn sie den Brautschatz voraus bezahlt hat, keine Ehe erfolgt ist, und sie nun denselben aus dem Vermögen des verschuldeten Bräutigams zurück fordert. — Um so weniger kann dieses Privilegium der putativen Ehefrau abgesprochen werden.

Dass noch zu *Constantins des Grossen* Zeiten die Ehefrauen wegen ihres Brautschatzes keine andern Vorzüge als das *Privilegium exigendi* hatten, zeigt *Hermogenian* in der *L.* 74 *D. de iure dotium.* Indess erhellet aus andern weiter unten anzuführenden Gesetzen deutlich, dass sich die Ehefrauen durch ein vertragsmässiges Pfandrecht grössere Sicherheit zu verschaffen suchten; und es ist daher höchst wahrscheinlich, dass das *Privilegium exigendi* nur selten zur Anwendung kam.

Fast um eben die Zeit, in welche das *Privilegium exigendi* des Brautschatzes fällt, wurde

VI. Denjenigen, welche den Werth einer bey dem Schuldner deponirten, und von ihm entweder verzehrten oder weggeschafften Sache zurück forderten, ein *Privilegium exigendi* ertheilt. Der Erste, welcher uns von diesem Privilegio Nachricht giebt, ist *Papinian*, [l]) der Zeitgenosse des *Caracalla*. Umständlicher erklärt sich darüber *Ulpian* in der *L.* 7, §. 2 *D. depos. vel contra*, und in der *L.* 24, §. 2 *D. de reb. auctorit. iudic. possidend.* Beyde Rechtsgelehrte schränken aber das *Privilegium exigendi* lediglich auf die *Argentarios* ein, wenn bey diesen Gelder oder Sachen waren deponirt worden. — Dass dasselbe auch nach dem Römischen Rechte nicht auf ein anderes *Depositum*

i) Vergleiche z. B. *L.* 1 *C. ad Leg. Iul. de vi publ. et priv.*; *L.* 2 *C. ne uxor. pro marit.*; *L.* 1 *C. de privil. fisci*; *L.* 9 *C. de bon. proscr.*

k) Si sponsa dedit dotem et nuptiis renunciatum est: tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est, hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem puto, dicendum, etiam si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit. — Vergleiche übrigens noch *Conr. Rückeri Interpretat.*, 77, und *Berger Resol. LL.*, 468.

l) *L.* 8 *D. depos. vel contr.*

ausgedehnt werden dürfe, zeigt insbesondere *Papinian*, wenn er sagt: *idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est;* aus welchen Worten, wie es mir wenigstens scheint, zugleich deutlich erhellet, dass der Ursprung dieses *Privilegii exigendi* lediglich im Herkommen zu suchen ist.

Argentarii waren anfangs bey den Römern blosse Geldwechsler, die aber in der Folge sich auch mit Geldanleihen und Aufbewahren der Gelder und Sachen anderer beschäftigten. m) Die eigne Verfassung der Römer hatte es zur Folge, dass das, was eigentlich durch Anordnung des Staats geschehen sollte, sehr häufig von Privat-Personen für sich geschah, und der Staat gern seine Autorität denjenigen lieh, welche auf eigne Kosten die allgemeinen Bedürfnisse befriedigen wollten. Auf diese Art läfst es sich denn auch sehr gut erklären, warum die *Argentarii*, eigentlich nur Privat-Personen, doch so sehr vom Staate begünstigt wurden, und warum man die Verhandlungen der *Argentarii*, — wenn nicht alle, doch zum Theil, als öffentliche betrachtete, und sie selbst gewisser Massen wie öffentliche Personen ansah, und daher auch diejenigen unterstützte, welche ihnen das Ihrige anvertrauet hatten.

So wenig das *Privilegium exigendi* denjenigen zugestanden wurde, welche bey andern Personen, die nicht *Argentarii* waren, Gelder oder Sachen deponirt hatten; eben so wenig fand dasselbe Statt, wenn dem *Argentarius* der Genuss des bey ihm deponirten Geldes gegen Zinsen war überlassen worden, weil hier kein wahres *Depositum*, sondern eigentlich eine Anleihe vorhanden war. n)

Auf das vorstehende Privilegium lassen wir

VII. das *Privilegium exigendi* der Pupillen und Minderjährigen folgen, welches ihnen wegen ihrer Forderungen aus dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren ist zugestanden worden, wenn, voraus gesetzt, das, was *Papinian* in der *L. 42 D. de administr. et peric. tutor.* o) von dem *Privilegio pupilli* sagt, nicht von der stillschweigenden Hypo-

m) Vergleiche die gelehrte Abhandlung von *H. Huber: De Argentariis Romanor.*; in *Oelrichs Thes. Diss. Belgic.*, II, I, p. 1.

n) Hieraus folgt, das im Geiste des Römischen Rechts das *Privilegium exigendi* nicht durchgehends in den Fällen wegfallen kann, die wir heutiges Tages zum *Deposito irregulari* rechnen.

o) In rem suam iudicatur procurator datus *privilegium pupilli* non habebit, quod nec heredi pupilli datum; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

thek, sondern von dem *Privilegio exigendi* verstanden werden muss. — Dass dies aber der Fall sey, leuchtet 1. nicht nur aus andern Stellen der Pandecten hervor, p) welche nicht anders als von dem *Privilegio exigendi* erklärt werden können; 2. daraus, dass, wenn in den Pandecten von einem Privilegio der Forderung die Rede ist, darunter gewöhnlich kein anderes als das *Privilegium exigendi* verstanden wird; und endlich 3. dass das Privilegium der Pupillen mit dem der Ehefrau häufig zusammengestellt, und über beydes nach einerley Grundsätzen gesprochen wird. q) Es kann daher in der angeführten Stelle des Papinian von keinem andern als dem *Privilegio exigendi* die Rede seyn. — Dass überall die Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren anfangs nur ein *Privilegium exigendi* und kein Unterpfandsrecht gehabt haben, erhellt am deutlichsten aus dem Fragmente des Hermogenian in der *L.* 25 *D. de tutel. et rat. distrah.: Non solum tutelae privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius, qui pro tutela negotium gessit: vel ex curatione pupilli pupillaeve furiosi furiosaeve debebitur, si eo nomine cautum non est.* r) — Die letztern Worte des Fragments gehen auf eine von dem Vormunde oder Curator besonders geschehene Pfandbestellung, die das *Privilegium exigendi* unnütz macht. — Wenn aber der Fall, wo der Vormund und Curator dem Pupillen und Curanden ordentliche Sicherheit durch Unterpfand bestellt hat, demjenigen entgegen gesetzt wird, wo solches nicht geschehen ist, so leuchtet deutlich hervor, dass der Minderjährige nicht gleich von Anfang eine stillschweigende Hypothek gehabt hat. — Es ist auch kein Grund vorhanden, die Stelle von dem Falle zu verstehen, wo der Vormund oder Curator den Minderjährigen noch besonders durch einen Bürgen oder durch die Verpfändung fremden Vermögens gesichert hätte, vielmehr steht der Zusammenhang des Ganzen einer solchen Erklärung entgegen.

Das *Privilegium exigendi*, von welchem ich bisher gesprochen habe, steht nicht bloss den Minderjährigen, sondern auch den öffentlich erklärten Verschwendern, den Rasenden, Wahnsinnigen und Schwachen zu, wenn sie mit ei-

p) *L.* 44 §. 1 *D. de adm. et peric. tutor. L.* 22 *D. de tutel. et rationib. distrahend. L.* 52 *D.* §. 1 *de pecul.*

q) *L.* 74 *D. de iure dot.*

r) Vergleiche hier Finestres *Commentar.* in Hermogen. *iuris Epitom.*, 27, 44 und 815.

nem Curator versehen sind, [s]) fällt aber weg, wenn einem Abwesenden, der in eine feindliche Gefangenschaft gerathen ist, ein Curator bestellt worden ist, auch bey dem so genannten *Curator ventris* und *hereditatis.* [t]) — Der Grund von dieser letztern Ausnahme ist mehr in der eignen Vorstellung der Römischen Juristen als in dem Unterschiede zwischen nothwendiger und freywilliger Tutel und Curatel zu suchen. [u])

Auf das *Privilegium exigendi* der Minderjährigen folgt

VIII. Die ausgedehntere Hypothek des Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben, und das damit verbundene Vorzugsrecht, (*Privilegium hypothecae.*) Schon oben, (S. 202,) ist bemerkt worden, dass dem Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben ein Unterpfand sey beygelegt worden. Es schränkte sich solches aber bloss auf dingliche Abgaben ein. In der Folge wurde ihm auch wegen der persönlichen Steuern und Abgaben ein solches Unterpfandsrecht beygelegt.

Das ausgedehntere stillschweigende Pfandrecht des Fiscus, von welchem hier die Rede ist, kommt zuerst in der *L.* 1 *C. in quib. caus. pign.* vor, wo es heisst: *Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt.* — Es fällt sogleich in die Augen, dass das Gesetz von einem allgemeinen Pfandrechte spricht, das der Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben an dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners haben soll, und der Ausdruck: *qui censentur*, von persönlichen Steuern, — und nicht von dinglichen zu verstehen ist, wegen welcher schon die Grundstücke selbst hafteten. — Die *L.* 1 *C. si propter publ. pensitat.* giebt dieser fiscalischen Hypothek das Vorzugsrecht vor andern Hypotheken. *Venditionem*, (heisst es hier,) *ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore eius iura hypothecae sive pignoris* (*praetendente*). *Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cen-*

s) *L.* 19 *D. in fin. de reb. auct. poss.:* Sed aequissimum erit, ceteros quoque quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur. *L.* 20 *eod.:* vel surdo, muto. *L.* 21 *eod.:* vel fatuo.

t) *L.* 22 *D. eod.* §. 1: Sed si bonis curator datus sit, vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari: *non enim in eadem causa est.*

u) Vergleiche *Meermann Thesaur. iur. civil.*, II, 698.

ſantis obligata ſunt. — Das Geſetz ſpricht gleichfalls bloſs von perſönlichen Abgaben, wegen deren Rückſtand man zur Veräuſserung des Vermögens des Schuldners geſchritten war. Eine ſolche Veräuſserung ſoll nicht wieder rückgängig gemacht werden, weder durch den Schuldner ſelbſt, noch durch einen Pfandgläubiger, und zwar durch den letztern darum nicht, weil die fiscaliſche Hypothek vor allen andern den Vorzug hat.

Hieraus ergiebt ſich nun von ſelbſt, was von der Meinung derjenigen v) zu halten iſt, welche glauben, daſs durch die angeführten Geſetze, mit Zuziehung der oben, (S. 202,) erörterten *L. 7 D. de publ.*, dem Fiscus eine doppelte Hypothek ſey verliehen worden, eine allgemeine, und noch obendrein eine beſondere an dem Grundſtücke, woraus die Steuern und Abgaben entrichtet werden müſſen, und daſs wohl der letztern, nicht aber der erſtern ein Vorzugsrecht zukomme. In der *L. 1 C. in quib. cauſ. pign.* und in der *L. 1 C. ſi propter publ. penſit.* iſt von dinglichen Abgaben überall nicht die Rede, ſondern bloſs von perſönlichen; in der *L. 7 D. de publ.* hingegen, wovon oben, (S. 202,) gehandelt worden, bloſs von dinglichen. w) In ſo fern man alſo allgemein das Pfandrecht des Fiscus betrachten will, kann man allerdings, wiewohl in verſchiedener Hinſicht, ſagen: ihm ſey ein allgemeines und auch ein beſonderes Unterpfandsrecht zugeſtanden worden, das erſtere wegen der perſönlichen, das letztere wegen der dinglichen Abgaben. Aber man kann nicht behaupten, daſs der letztern bloſs das *Privilegium hypothecae* zukomme, vielmehr würde daſſelbe, ſtrenge die Sache genommen, bloſs der erſtern zuſtändig ſeyn. Man kann auch die dem Fiscus verwilligte allgemeine Hypothek wegen der rückſtändigen Steuern und Abgaben nicht auf den Fall, wovon die *Lex 7 D. de publ.*, (S. 202,) ſpricht, ausdehnen, ohne den Geſetzen Gewalt anzuthun. Denn 1. kommt es auf die Wörter: *cenſus* und *tributum*, hier nicht an und für ſich ſelbſt, ſondern lediglich darauf an, was unter dieſen Wörtern in der *L. 1 C. in quib. cauſ. pign.* und in der *L. 1 C. ſi propter publ. penſit.* verſtanden wird; 2. ſteht der Fall, von welchem die *L. 7 D. de publ.* ſagt, gar nicht unter der Ver-

v) Vergleiche z. B. *P. W. Schmidt* D. *de iure praelat. fiſco, intuitu tributorum prae creditore hypothecario* etc. *competente*, Ien. 1760, §. 8.

w) Daſs *vectigalia* überhaupt ſo viel als *onera realia* bedeuten, iſt unſtreitig. Man ſehe noch *Brunnemann* ad *Leg. 7 D. de publ.*

fügung jener Gesetze. Es wird nämlich dort bloss dem Fiscus das Pfandrecht an den den Steuern unterworfenen Grundstücken darum verwilligt, damit er wegen der rückständigen Steuern bey der Veränderung des Besitzes desto mehr gesichert sey. [x]) Wegen der jedes Mahl fälligen Abgaben ist er ohnehin schon durch die Dinglichkeit seines Rechts gesichert. — Indess glaube ich doch, dass man annehmen kann, die fiscalische allgemeine Hypothek erstrecke sich zusammt dem damit verbundenen Vorzugsrechte auch auf die rückständigen dinglichen Steuern und Abgaben, jedoch nur in so fern, als sie aus dem Vermögen des Schuldners selbst beygetrieben werden, nicht aber, wenn nach der *L. 7 D. de publ.* von der Leistung derselben von einem Dritten, der das Grundstück erworben hat, die Rede ist. [y])

Fast um gleiche Zeit wurde

IX. dem Fiscus wegen der Primipilar - Schuld ein stillschweigendes Pfandrecht beygelegt. [z]) Unter einem Primipil, (*Primipilus,*) wurde in neuern Zeiten [a]) bey den Römern diejenige Person verstanden, welcher die Vertheilung des Getreides oder des Proviants überhaupt, (*Annona,*) [b]) oblag. [c]) Unterliess er diese Austheilung, so konnten sich die Soldaten an den Kriegs-Fiscus wenden, und von demselben, welcher für die Handlung seines Administrators haften musste, die Austheilung verlangen, welchem dagegen der Regress an den

x) Dass an sich der Käufer des Grundstücks wegen der rückständigen Abgaben von dem Fiscus nicht belangt werden können, erhellet noch insbesondere aus der *L.* 36 *D. de iure fisci*, wo es heisst: *Praediis a fisco distractis, praeteriti temporis tributum eorundem praediorum onus emtorem spectare placuit.* Die ganze Stelle bezieht sich auf die *L. 7 D. de publ.*, und das Wort: *placuit*, deutet auf eine Abänderung des ältern Rechts hin.

y) Mit diesen Modificationen lässt sich die Meinung von *Walch* D. *de pecunia in solutionem tributorum credita*, in *Opusc.*, T. III, S. 3, E. 2, p. 348, §. 5, annehmen. Vergleiche auch noch *Dessen Controvers. iur. civil.*, p. 797.

z) *L.* 1 *C. de privil. fisci.*

a) Wegen der ältern Zeiten vergleiche *Livius* VII, 41. Sehr gut hat über die Entstehung dieser Benennung so wohl als über das Amt eines Primipils commentirt *C. A. Braun de debito primipilari*, Erlang. 1753, §. 2 seq.

b) Dass das Wort: *annona*, hier nicht bloss Getreide, sondern auch überhaupt den Proviant oder die Lebensmittel für die Soldaten unter sich begreift, leuchtet aus der Vergleichung mehrerer Römischen Gesetze deutlich hervor, z. B. aus der *L.* 1 *C. de erogat. militar. annon.* und *L.* 3 *C. de cohortal.*

c) *L.* 6 *Cod. Theod. de cohortal. I. G. Panziroli notitia dignitatum imperii Orientis*, C. XXI, (T. 7 *Thes. Graev.*)

Primipil vorbehalten blieb.[d]) Das, was nun der Kriegs-Fiscus vermöge dieses Regresses von dem Primipil wegen nicht ausgetheilten Getreides verlangen konnte, wurde Primipilar - Schuld, (*Debitum primipilare*,) genannt.

Wegen der Primipilar-Schuld genoss der Kriegs-Fiscus nicht nur ein stillschweigendes Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Primipils, sondern es ist solche auch so begünstigt, dass ausser dem Schuldner nicht nur dessen Kinder, selbst auch dann, wenn sie nicht einmahl Erben ihres Vaters sind, sondern auch sogar die Ehefrau mit ihrem Brautschatze gewisser Massen verhaftet ist. [e])

So wie unter dem *Antoninus Caracalla* die Rechte des Fiscus ungemein vermehrt wurden, so führte auch dieser Kaiser noch

X. das allgemeine stillschweigende Pfandrecht des Fiscus in dem Vermögen derjenigen ein, mit welchen derselbe contrahirt hatte. — Dunkel, indess doch kenntlich genug, kommt dasselbe in der **L.** 3 **C.** *de privil. fisci* vor, wo es heisst: *Si cum pecuniam quo marito solveres, neque ius fisci in te transferri impetrasti, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti, habes personalem actionem: nec potest praeferri fisci rationibus, a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse: cum eo pacto universa quae habet habuitve eo tempore, quo ad conductionem accessit pignoris iure fisci teneantur.* Bestimmter erklärt sich der Kaiser über dieses Pfandrecht in der *L.* 2 *C. in quib. caus. pign. tac. Certum est*, (heisst es hier,) *eius, qui cum fisco contraxit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter non exprimatur.*' Dem Fiscus steht nach diesem Gesetze wegen aller und jeder Contracts-Forderungen, sie mögen seyn, welche sie wollen, ein stillschweigendes Unterpfandsrecht an dem sämmtlichen Vermögen seines Contrahenten zu, und daher rührt auch das stillschweigende Unterpfand des Fiscus an dem Vermögen seiner Verwalter wegen der aus der Administration herrührenden Forderungen. Es muss auch das oben, (S. 204,) angegebene fiscali-

d) Diese Behauptung scheint zwar *L.* 6 *C. de erogat. annon. militar.* entgegen zu stehen, nach welcher die Soldaten, welche die *annonam* beym Primipil stehen liessen, solche verlieren sollen; allein das Gesetz ist, wie *Braun*, *a. a. O.*, §. 5, sehr gut gezeigt hat, unter mancherley Einschränkungen zu verstehen.

e) *L. ult. C. de primip.*: — Cum ex sola primipili causa liberos, etiamsi patribus heredes non existunt, teneri, Divus Aurelianus sanxerit. *L.* 4 *C. de primip.*

sche *Privilegium hypothecae* auf dieses Unterpfandsrecht des Fiscus ausgedehnt werden, so daſs das Vorzugsrecht, welches nach älterm Rechte dem Fiscus in Absicht der nach dem Contracte mit dem Schuldner erworbenen Güter zukam, wenn er sich ausdrücklich eine Hypothek von dem Schuldner hatte constituiren lassen, ihm jetzt auch ohne dies wegen der stillschweigenden Hypothek zukommt, die die Gesetze mit jedem fiscalischen Contracte verbunden haben. f)

Bey so bewandten Umständen, und da dem Fiscus eine Hypothek nach der andern ertheilt wurde, konnte leicht *Hermogenian* g) zu dem sehr allgemeinen, und eben darum unrichtigen Ausspruche: *Fiscus semper habet ius pignoris;* verleitet werden. Wohl aber hat der Fiscus ganz allgemein wegen einer jedweden Forderung an den Gemeinschuldner, deſshalb er keines Unterpfands genieſst, ein *Privilegium exigendi,* so bald nur solche nicht aus einem von dem Schuldner begangenen Verbrechen herrührt. Denn alsdann soll er nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze allen übrigen Gläubigern nachstehen. h) — Dieses persönliche Privilegium des Fiscus bestätigt nicht nur *Paullus,* i) wenn er sagt: *Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere;* sondern auch *Marcian* k) in den Worten: *Ille, qui navis fabricandae vel emendae vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, habet privilegium post fiscum.* Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche diese Gesetze von einem dem Fiscus wegen jeder Forderung zuständigen Vorzugsrechte verstanden wissen wollen: allein da offenbar die Gesetze einen ältern hypothekarischen Gläubiger dem Fiscus, wenn dieser ein jüngeres Pfandrecht hat, in der Regel vorgezogen wissen wollen; so läſst sich diese Auslegung nicht nur wegen des Widerspruchs mit andern Gesetzstellen durchaus nicht vertheidigen, sondern man würde auch den klaren Worten der Gesetze entgegen handeln, wenn man sie anders als von einem persönlichen Privilegio des Fiscus verstehen wollte. Und da die Gesetze nicht deutlich bestimmen, wegen wel-

f) Das Gegentheil behauptet *Westphal* in der *rechtlichen Bestärkung der Meinung, daſs herrschaftliche Forderungen aus einem Privat-Contracte zwar mit einer stillschweigenden, doch nicht privilegirten Hypothek versehen seyen.* Halle 1778.

g) In der *L.* 46, §. 3.

h) *L.* 17 *D. de iure fisci:* In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. Vergl. auch *L.* 37 *D. eod.*

i) *Recept. sentent.*, Lib. 5, T. 12, §. 10.

k) *L.* 34 *D. de reb. auct. iud. possidend.*

cher Forderung dem Fiscus dieses persönliche Privilegium zuständig seyn soll, so muss man durchaus diejenige Bestimmung annehmen, welche ich oben davon angegeben habe. — Uebrigens läst sich das Zeitalter dieses fiscalischen Privilegiums nicht genau bestimmen. Früher fällt es gewiss nicht, als das dem Fiscus in mehrern Fällen zugestandene stillschweigende Pfandrecht, — eher später, und es kann eben so gut durch Herkommen als durch kaiserliche Verordnungen eingeführt worden seyn.

Es folgt nunmehr, nach der Zeitordnung,

XI. das *Privilegium exigendi*, welches der *Respublica creditrix* verliehen worden, und dessen *Paullus* in der *L.* 38, §. 1 *D. de reb. auct. iud. possid.* in den Worten: *Respublica creditrix omnibus chirographariis praefertur;* gedenkt. Eigentlich würde dieses Privilegium nur dem Staate zuständig seyn können, wenn man sich an den ältern und ursprünglichen Begriff von *Respublica*, und selbst noch an den halten wollte, der unter den ersten Kaisern gäng und gebe war, und wo *Respublica* und *Fiscus* einander entgegen gesetzt wurden. Allein in dem Zeitalter, in dem *Paullus* lebte und schrieb, war der alte Unterschied zwischen *Aerarium reipublicae* und *Fiscus* längst verschwunden, und beydes in dem Begriffe des Fiscus vereinigt. — Damahls bedeutete *Respublica* jede kleine und grosse im Staate befindliche weltliche Gemeinheit, und wurde deren *Aerarium* dem Staats-Aerarium oder dem Fiscus entgegen gesetzt. [l]) Die *Respublicae* hatten keine fiscalischen Rechte, wie aus der *L.* 2 *C. de iure reipubl.* deutlich erhellt, und folglich auch die stillschweigenden Pfandrechte nicht, die, wie oben gezeigt worden, dem Fiscus nach und nach beygelegt wurden. Einige *Municipia* waren zwar, wie *Westphal* [m]) richtig erinnert, darin ausgenommen, dass sie durch Observanz oder kaiserliche Privilegien sich einer stillschweigenden Hypothek in den Fällen, wo solche dem Fiscus durch Gesetze war verliehen worden, anmassten, und darauf spielt auch *Marcian* in der *L.* 10 *D. ad municipalem* an, wenn er sagt: *Simile privilegium fisco nulla civitas habet, nisi nominatim id a principe datum;* [n]) allein dies war immer eine grosse Ausnahme von der Regel, wobey die Regel nur noch mehr bekräftigt

l) Vergl. *Guil. Fornerii Selectionum* C. 22; in *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, p. 72. *Berger Resol. LL.*, 750.

m) Im *Pfandrechte*, S. 133.

n) Vergleiche *Grotii Flor. spars.*, 291.

wurde. Man kann auch so wenig aus andern Gesetzstellen, als insbesondere aus der so merkwürdigen *L.* 2 *C. de debitorib. civitat.*, — einem Gesetze *Constantins des Grossen*, — eine solche stillschweigende Hypothek der Municipien ableiten. Das Municipium kann sich nach diesem Gesetze an einen fremden Besitzer derjenigen Grundstücke halten, die der Schuldner nach entstandener Schuld veräussert hat, allein nicht anders, als wenn von dem Schuldner die Schuld nicht mehr ganz erhalten werden kann, und so, dass der Rest, der von dem Schuldner nicht zu bekommen, nur nach Proportion desjenigen Antheils von dem fremden Besitzer beygetrieben werden kann, den er von den Grundstücken an sich gebracht hat. — Eine stillschweigende Hypothek ertheilt das Gesetz offenbar nicht, eher lässt sich daraus noch eine *Actio utilis* ableiten. Allein ich glaube, dass auch von der letztern hier nicht einmahl die Rede sey, sondern dass das Gesetz aus der neuern Römischen Municipal-Verfassung erklärt werden müsse. Wenn gleich hier von *Debitoribus civitatum* im Allgemeinen die Rede ist, so sieht man doch aus dem Zusammenhange des Ganzen sehr bald ein, dass das Gesetz nur eigentlich Bürger meint, die Steuern und Abgaben, die auf die Grundstücke repartirt waren, schuldig geblieben sind. Wenn man nun annimmt, die Bürger hätten die Grundstücke überall nicht eher verkaufen dürfen, als bis die Schuld davon abgetragen war, und sey daher der *Civitas* durch die kaiserliche Constitution das Recht ertheilt worden, die nichts desto weniger veräusserten Grundstücke aus den Händen des fremden Besitzers zurück zu fordern, es sey denn, dass er bezahlen wollen; so erklärt sich alles von selbst ohne viele Schwierigkeit, und ohne dass man nöthig hat, erst zu einem stillschweigenden Unterpfandsrechte seine Zuflucht zu nehmen.

In eben diese Zeit fällt ferner

XII. Das *Privilegium exigendi* derjenigen, welche zur Erbauung, Bewaffnung oder Erkaufung eines Schiffs, oder auf eine anderweitige auf das Schiff Beziehung habende Art creditirt haben, ingleichen desjenigen, welcher wegen eines erkauften Schiffs noch von dem Schuldner das Kaufgeld zu fordern hat. — *Qui in navem exstruendam vel instruendam credidit*, sagt *Paullus* in der *L.* 24 *D. de reb. auct. iudic. possid.*, *vel etiam emendam: privilegium habet.* — Und noch deutlicher zeigt *Marcian* in der *L.* 34 *eod.* die Natur und Eigenschaft dieses Privilegiums, wenn er sagt: *quod quis navis fabri-*

candae, (vel emendae vel armandae,) vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum. o) — Um aber von diesem Privilegio Gebrauch machen zu können, wird erfordert: 1. daſs das Geld ausdrücklich wegen des Schiffs angeliehen worden; denn wenn es ohne alle Bestimmung angeliehen worden ist, findet das Privilegium nicht Statt, wenn es auch hernach auf das Schiff verwendet seyn sollte. 2. Muſs das angeliehene Geld auch wirklich auf das Schiff verwendet worden seyn; denn wenn es gleich wegen des Schiffs angeliehen, aber nicht verwendet ist, so fällt der Grund des gesetzlichen Privilegiums, und mithin auch das Privilegium selbst weg. — Uebrigens bedarf es keiner Erinnerung, daſs, wenn der Gläubiger sich ein Unterpfand an dem Schiffe bedungen hat, das gedachte Privilegium überflüssig ist, ob es gleich ihm doch alsdann noch nützlich seyn kann, wenn er aus dem Gegenstande des Unterpfands seine Befriedigung nicht erhalten kann.

Daſs demjenigen, welcher wegen eines Schiffs Geld angeliehen hat, ein persönliches Privilegium, unter den oben gedachten Erfordernissen, die der Gläubiger immer, wenn sie bezweifelt werden, zu beweisen schuldig ist, zuständig sey, ist nun zwar keinem Zweifel unterworfen, indem die Gesetze solches deutlich verordnen: ob aber die Verfügung der Gesetze auch auf andere chirographarische Gläubiger auszudehnen sey, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. w. einer andern Sache Geld vorgestreckt haben; ist eine sehr streitige Frage. Der gröſste Theil der Rechtslehrer p) will dieses persönliche Privilegium bloſs auf diejenigen eingeschränkt wissen, welche wegen eines Schiffs Geld angeliehen haben, und sie begründen sich darauf, daſs die Gesetze ein Privilegium enthielten, und alle Privilegien bekanntlich eingeschränkt erklärt werden müſsten. Dagegen aber fehlt es auch nicht an Rechtslehrern, welche eine ausdehnende Erklärung der Römischen Gesetze allerdings zuläſsig finden, allein über die Grenzen dieser ausdehnenden Erklärung sind sie keinesweges mit einander einig. Denn einige von ihnen q) wollen dieses Privilegium jedem chirographarischen Gläubiger gestattet

o) Vergleiche noch über dieses Gesetz *Lud. Vitalis Lect. variar.* C. XIX; in *Ev. Otto Thes. iur. Rom.*, II, 683: und *ab Oosterga Disput. ad D.*, II, 75.

p) Vergleiche *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 398 und die daselbst angeführten Rechtslehrer. Siehe auch *Runde*, *l. c.*, §. 55.

q) Z. B. *Henne de privilegio personali creditori ad rem certam emendam mutuam dan-*

wiſſen, welcher zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. w. einer Sache Geld angeliehen hat, andere hingegen nur alsdann, wenn dieſe Sache eine unbewegliche Sache war. r)

Ich halte dafür, daſs dieſes Privilegium allen Gläubigern geſtattet werden müſſe, welche zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. w. einer Sache Geld angeliehen haben, wegen welches Crediti ſie, wenn ſie ſich ein Unterpfand ausbedungen hätten, ein privilegirtes Pfandrecht genieſsen würden. Dieſes genieſsen nun, wie weiter unten gezeigt werden ſoll, alle und jede Gläubiger, welche *in militiam emendam* ſo wohl, als zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. f. einer unbeweglichen Sache, ingleichen zur Erkaufung, Wiederherſtellung und Bewaffnung eines Schiffs Geld angeliehen, und ſich ein Unterpfand ausdrücklich vorbehalten haben. Die Gründe für dieſe meine Behauptung ſind folgende. Erſtens: von dem dem Pfandrechte verliehenen Privilegio läſst ſich ganz füglich auf das perſönliche Privilegium argumentiren, ſo ſehr auch ſonſt beyde Privilegien von einander unterſchieden werden müſſen. Zweytens iſt auch hier ein gleicher Grund vorhanden, welcher dieſe Argumentation unterſtützt. Der Grund, warum die Geſetze den gedachten Pfandgläubigern wegen ihres Pfandrechts einen Vorzug geſtatten, iſt einzig und allein der, weil ohne ihre Anleihe die andern Gläubiger nicht den Vortheil genieſsen würden, welchen ſie jetzt genieſsen, und eben dies iſt auch hier bey der Concurrenz der chirographariſchen Gläubiger der Fall. Daſs endlich drittens in den Geſetzen bloſs eines Schiffs Erwähnung geſchieht, iſt eines Theils nur zufällig, und kommt andern Theils unſtreitig daher, weil man es in Zweifel zog, ob auch derjenige chirographariſche Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Wiederherſtellung und Bewaffnung eines Schiffs, als einer beweglichen Sache, Geld angeliehen hatte, ſich eines perſönlichen Privilegiums wegen dieſes Crediti zu erfreuen habe? — Denn wenn man nicht alle Analogie bey Seite ſetzen will, ſo war es bey den Römern gar nicht einmahl ſtreitig, ſondern wurde als bekannt voraus geſetzt, daſs derjenige chirographariſche Gläubiger, welcher in *emendam militiam* u. ſ. f. creditirt hatte, ein perſönliches Privilegium wegen ſeiner Forderung genieſsen muſste.

ti etc. *competente*, p. 5 ſeq. *Frick* D. *de iuribus illius, qui alteri ad emendum credidit*, §. 2.

r) *I. C. Koch de pecunia ad emendam credita privilegiata et non privilegiata*, §. 8.

Behaupte ich alſo gleich eine ausdehnende Erklärung jener Römiſchen Geſetze, ſo muſs ich doch ſelbige bloſs auf die chirographariſchen Gläubiger einſchränken, welche wegen einer *militia* und unbeweglichen Sache Geld vorgeſchoſſen haben. Auf diejenigen, welche wegen einer beweglichen Sache, das Schiff allein ausgenommen, Geld anliehen, kann dieſes perſönliche Privilegium nicht ausgedehnt werden, weil ſich hier nicht eine Argumentation von dem privilegirten Pfandrechte machen läſst, vielmehr die Analogie gerade entgegen ſteht. — Meiner Behauptung ſteht nicht nur die Rechts-Analogie, ſondern auch die deutliche Verfügung der Geſetze zur Seite. *Plane*, (heiſst es in der *L.* 5, §. 17 *D. de tribut. act.*,) *ſi in eandem tabernam merces deferebantur, licet hae, quae exiſtent, ex unius creditoris pecunia ſint comparatae, dicendum erit, omnes in tributum venire, niſi fuerint creditori pignoratae.* Wird gleich in dieſem Geſetze der Ausdruck: *merx,* nur bloſs von Waaren gebraucht, die in das Waarenlager mit dem Gelde des Gläubigers eingekauft waren, ſo wird doch auch derſelbe, nach *Ulpian*, in der *L.* 66 *D. de V. S.*, auf jede andere bewegliche Sache bezogen, und muſs daher die Entſcheidung dieſes Geſetzes, wenn man die Analogien noch über dies zu Hülfe nimmt, von einem jeden chirographariſchen Gläubiger verſtanden werden, welcher zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. f. einer unbeweglichen Sache Geld anlieh. — Es kann auch dies, daſs einem Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Bewaffnung und Wiederherſtellung eines Schiffs Geld anlieh, ein perſönliches Privilegium geſtattet worden, die Behauptung nicht rechtfertigen, daſs auch ſolches einem jeden andern Gläubiger, der wegen einer beweglichen Sache Geld vorſtreckte, geſtattet werden müſſe, indem, wie gedacht, ſolches nur bloſs als eine Ausnahme von der Regel und zum Beſten des Handels und Wandels geſchehen iſt.

Die Grundſätze, welche ich hier von der Ausdehnung des einem chirographariſchen Gläubiger, welcher zur Erkaufung, Bewaffnung und Wiederherſtellung eines Schiffs Geld angeliehen hatte, geſtatteten perſönlichen Privilegiums aufgeſtellt habe, werden auch noch dadurch gerechtfertigt, daſs *Marc Aurel*, wie ich oben gezeigt habe, denjenigen Gläubigern, welche *in reſtitutionem aedium* creditirt hatten, ausdrücklich ein *Privilegium exigendi* beygelegt hat, und ein gleiches in der Folge, auch vermöge einer ausdehnenden Erklärung, allen denje-

nigen zu Statten kam, welche zum Besten einer unbeweglichen Sache Geld vorgeschossen hatten. Man wende nicht dagegen ein, dass eine solche Ausdehnung der Absicht *Marc Aurels* widersprochen haben würde, da der Grund, warum er dem *in restitutionem aedium* creditirten Gelde ein persönliches Privilegium verlieh, ein ganz eigner Grund war. — Denn wie häufig ist es nicht der Fall, dass ein Gesetz ganz wider den ursprünglichen Zweck und die Absicht des Gesetzgebers weiter ausgedehnt wird! und enthalten nicht die Römischen Gesetze gerade von diesem Falle mehrere Beyspiele?

Da man, wie ich bewiesen zu haben glaube, von dem privilegirten Pfandrechte auf das persönliche Privilegium derjenigen chirographarischen Gläubiger, wovon hier die Rede ist, sehr gut argumentiren kann, so muss auch das persönliche Privilegium derselben nach den Grundsätzen beurtheilt werden, nach welchen die Zuständigkeit ihres Pfandrechts beurtheilt werden müsste, wenn sie ein solches hätten. — Nur der Unterschied muss hier Statt finden, dass, wenn auch die Sache nicht mehr existirt, wegen welcher das Creditum entstanden ist, doch noch das persönliche Privilegium Statt hat. Denn das persönliche Privilegium ist hier ein Anhang der persönlichen Klage *ex mutuo*, das Privilegium des Pfandrechts aber ein Anhang des dinglichen Rechts, das daher auch zugleich mit dem dinglichen Rechte bey dem Uebergange der Sache verloren gehen muss.

Um eben diese Zeit geschieht auch in dem Justinianeischen Gesetzbuche

XII. des *Privilegii hypothecae* eben dieser Personen Erwähnung, wenn sie sich wegen des vorgeschossenen Geldes ein Pfandrecht ausbedungen haben. *Interdum,* (heisst es in der *L. 5 D. qui potior. in pign.,*) *posterior potior est priori: utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.* Dass in dem angeführten Gesetze von dem Falle die Rede ist, wo das Schiff dem spätern Gläubiger gleichfalls zum Unterpfande war gesetzt worden, ergiebt sich nicht nur aus dem Titel selbst, worin das Gesetz enthalten ist, sondern auch zugleich aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes. Das Vorzugsrecht dieser Hypotheken ist, wie *Westphal* [s]) sehr richtig erinnert, darin zu suchen, weil sonst andere Gläubiger das Vermögen eines sol-

s) Im *Pfandrechte*, S. 228.

chen Gläubigers an ſich ziehen würden, und ſie es dieſem Gläubiger bloſs zu verdanken haben, daſs durch ihn und mit ſeinem Gelde die Sache, welche der Gegenſtand des Pfandrechts iſt, erhalten worden. In der *L.* 6 *D. qui pot. in pign.* ſelbſt wird ſchon dieſer Grund mit wenigen Worten angegeben, wenn es darin heiſst: *Huius enim pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam.*

Wie weit man das Privilegium der Hypothek ausdehnen könne, zeigt ebenfalls *Ulpian*, wenn er, *a. a. O.*, fortfährt: *quod poterit quis admittere et ſi in cibaria nautarum fuerit creditum, ſine quibus navis ſalva pervenire non poterat.* §. 1: *Item ſi quis in merces ſibi obligatas crediderit, vel ut ſalvae ſiant vel ut naulum exſolvatur, potentior erit, licet poſterior ſit: nam et ipſum naulum potentius eſt.* §. 2: *Tantundem dicetur, et ſi merces horreorum vel areae, vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic potentior erit.* t)

Eben dieſer *Ulpian* giebt uns auch

XIII. von einem Privilegio der Hypothek des Pupillen, mit deſſen Gelde eine Sache iſt angeſchafft worden, und

XIV. von dem Privilegio der Hypothek des Staats, (*Reſpublica,*) Nachricht, wenn dieſer mit dem Fiscus in Abſicht einer beyden verpfändeten Sache concurrirt.

Das erſtere *Privilegium hypothecae* findet ſich in den Anfangsworten der *L.* 7 *qui potior. in pignor.*: *Idemque eſt, ſi ex nummis pupilli fuerit res comparata,* das letztere aber in der *L.* 8 *D. eod.*: *Si pignus ſpecialiter reſpublica acceperit, dicendum eſt, praeferri eam fiſco debere, ſi poſtea fiſco debitor obligatus eſt: quia et privati praeferuntur.*

Beyde Privilegien haben indeſs nichts Beſonderes, ſondern flieſsen aus der allgemeinen Quelle, nämlich aus dem Princip, daſs im entgegen geſetzten Falle der ſpätere Pfandgläubiger entweder gar nicht würde an der Sache ein Pfandrecht haben erhalten können, oder doch auch dieſes Pfandrecht nicht ſo vortheilhaft für ihn geweſen ſeyn würde. — Der Zuſammenhang der *L.* 7 *D. qui potior. in pign.* mit den vorigen Geſetzen und der beſonders in der *L.* 8 *D. eod.* hinzu gefügte Grund: *quia et privati praeferuntur*, zeigen das mehr denn zu deutlich. In ſo fern kann man jedoch etwas dieſem Privilegio Eignes annehmen,

t) Vergleiche *Hoffmann Meletem. ad D.*, XVIII; *Noodt Comment. ad Pand.*, II, 445.

als bey dem hier vorkommenden Privilegio der Hypothek nicht auf einen bestimmten Gegenstand der Hypothek, sondern nur lediglich darauf Rücksicht genommen wird, ob die Sache mit dem Gelde des Pupillen oder mit Geldern des Staats angeschafft worden ist. u) —

Es geniessen auch

XV. diejenigen ein privilegirtes Pfandrecht, welche zum Ankaufe eines Grundstücks Geld angeliehen, und sich ausdrücklich ein Unterpfand daran ausbedungen haben. *Licet,* rescribiren die Kaiser *Diocletian* und *Maximinian*, in der *L. 7 C. qui potior. in pignor.*, *iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter, (obligatum,) statim convenit, omnium anteferri, iuris auctoritate declaratur.* — Nach dem Sinne dieses Gesetzes wird dazu, dass der Gläubiger auf ein privilegirtes Pfandrecht Anspruch machen kann, 1. erfordert, dass das Geld ausdrücklich zum Kaufe angeliehen worden. Uebrigens aber kommt nichts darauf an, ob die Anleihe vor oder nach abgeschlossenem Kauf-Contracte geschehen ist, nur muss die Sache dem Käufer noch nicht übergeben worden seyn. v) So viel ist unstreitig gewiss, dass, wenn der Gläubiger das Geld nicht ausdrücklich zum Ankaufe creditirt hat, er auf ein privilegirtes Pfandrecht keinen Anspruch machen könne, wenn auch der Schuldner mit diesem Gelde hernach gleich den Ankauf bestritten und die erkaufte Sache seinem Gläubiger verpfändet hätte. 2. Muss das angeliehene Geld auch wirklich auf den Ankauf verwendet worden seyn, welches der Gläubiger im Zweifel zu beweisen schuldig ist. 3. Muss die angekaufte Sache ein *Praedium* seyn, worunter, nach einer richtigen Erklärung des Gesetzes, nicht jede unbewegliche Sache, sondern bloss ein Grundstück verstanden wird. w) Endlich 4. muss dem Gläubiger eine Special-Hypothek an dem erkauften Prädio, und zwar gleich bey dem Ankaufe oder der Anleihe, (*statim,*) verstattet worden seyn. x) Uebrigens erlischt das

u) Vergleiche *Noodt, l. c.*, 445. *Berger Resolut. LL.*, 467 und 450. *Pet. de Greve Exercit. ad Pandect.*, 378.

v) *Koch* D. *de pecunia ad emendam credita privilegiata et non privilegiata*, Gies. 1782, § 13.

w) Das Gegentheil behauptet *Koch a. a. O.* Das Gesetz selbst steht meiner Behauptung zur Seite.

x) *Westphal* im *Pfandrechte*, S. 232.

Pfandrecht, und mit demselben auch das ihm ertheilte Privilegium mit dem Untergange des Prädii. y)

Die Kaiser *Diocletian* und *Maximinian* haben auch

XVI. dem Fiscus wegen der Primipilar - Schuld ein privilegirtes Unterpfandsrecht ertheilt. *Utilitas publica*, heisst es in der *L.* 3 *C. de primipil., praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse, ob causam primipili poteris obligatam sibi possessionem titulo dotis petere ut satis doti fieri possit.* z) — Ausser andern ältern Rechtslehrern hat noch in neuern Zeiten *Johann August Hellfeldt* a) dieses Vorzugsrecht des Fiscus zu bestreiten gesucht. Aus den Gesetzen, sagt er, welche man zum Erweise dieses fiscalischen privilegirten Pfandrechts anzuführen pflegt, und welche alle ante-Justinaneisches Recht enthalten, folgt dasselbe nicht, sondern nur so viel, dass der Fiscus wegen der Primipilar-Schuld dem Brautschatze der Ehefrau vorgezogen werden soll. Dies ist aber ganz natürlich; denn die Weiber hatten vor *Justinian* wegen ihres Brautschatzes kein privilegirtes Unterpfand in dem Vermögen ihres Ehemannes, sondern bloss ein persönliches Privilegium. Nun ist es aber bekannt, dass auch das schlechteste Pfandrecht einem bloss persönlich privilegirten Gläubiger vorgezogen werden muss, und daher enthält jene Entscheidung, dass der Fiscus wegen der Primipilar-Schuld der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes vorgezogen werden soll, nichts neues, sondern vielmehr nur eine Anwendung eines allgemein bekannten Satzes auf einen speciellen Fall. — Da *Justinian* dem Brautschatze in der *L.* 12 *C. qui potior. in pignor.* ein privilegirtes Unterpfand verliehen hat, so fällt der Vorzug der Primipilar-Schuld vor dem Brautschatze nun von selbst dahin.

So scheinbar auch *Hellfeldts* Gründe bey dem ersten Anblicke immer seyn mögen, so wenig Gewicht haben sie doch, wenn man alles gehörig in Erwägung zieht, was bey der Prüfung dieses Vorrechts des Fiscus in Erwägung gezo-

y) *Leyser Medit. ad D.*, Spec. 485, No. 3.

z) Ausser diesem Gesetze beruft man sich noch zum Erweise des privilegirten Pfandrechts des Kriegs - Fiscus auf *L.* 4 *C. in quib. caus. pign.* und *L.* 1 *C. de cond. ex leg.* Allein beyde Gesetze erweisen solches nicht, ob man sich gleich ihrer immer zur Unterstützung bedienen kann.

a) In der D. *de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis;* in *Opuscul.*, No. X.

gen werden muſs. Da wir als ausgemacht annehmen können, daſs dem Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld in dem Vermögen des Primipils ein ſtillſchweigendes allgemeines Pfandrecht zuſtändig ſey, ſo kommt nur alles darauf an, daſs bewieſen werde, dieſes Pfandrecht ſey ein ſo genanntes privilegirtes. Dieſer Beweis muſs nun, da es an ausdrücklichen Geſetzen fehlt, theils aus der *L. 3 C. de primipil.*, theils aus andern Geſetzen, die von der Primipilar-Schuld reden, geführt werden.

Fürs erſte iſt nach den Geſetzen die Primipilar-Schuld ſo privilegirt, daſs dem Kriegs-Fiscus dafür auſser dem Schuldner nicht nur deſſen Kinder, ſelbſt auch alsdann, wenn ſie nicht einmahl Erben ihres Vaters ſind, ſondern auch ſogar die Ehefrau mit ihrem Brautſchatze gewiſſer Maſsen verhaftet iſt, wie ich oben gezeigt habe. Dies hat *Juſtinian* nirgends aufgehoben, wenn er auch gleich den Brautſchatz noch ſo ſehr privilegirt, und die Gläubiger anweiſet, ſich nicht an das Vermögen der Ehefrau, ſondern an das des Schuldners ſelbſt zu halten. Der Grund, nämlich *utilitas publica*, warum dieſe Anordnungen zu Gunſten des Kriegs-Fiscus gemacht wurden, war viel zu wichtig und zu ſehr von *Juſtinian* ſelbſt anerkannt, als daſs wir ſeine ſo allgemeine Verordnung von den Rechten des Brautſchatzes auch als eine Beeinträchtigung der Rechte des Fiscus, wenigſtens in dieſer Hinſicht, anſehen könnten. Denn hätte er dies gewollt, ſo würde er gewiſs die Privilegien deſſelben, in ſo fern der Brautſchatz dadurch gekränkt wurde, zurück genommen haben. Ferner zweytens wird dem Kriegs-Fiscus ſogar wegen der Primipilar-Schuld, wenn der Primipil verarmt iſt, das Recht zugeſprochen, die Schuldner des Primipils zu belangen, daſs ſie die Schuld, womit ſie dem Primipil verhaftet waren, noch eher, als ſie fällig geworden, entrichten ſollen, um deſto geſchwinder zu dem Seinigen zu gelangen. So wohl dieſe geſetzliche Verordnung, als die, daſs ſogar die Kinder des Primipils, wenn ſie auch nicht ſeine Erben geworden ſind, und ſelbſt gewiſſer Maſsen der Brautſchatz, für die Primipilar-Schuld haften ſollen, zeigen wichtige Vorrechte derſelben an, und berechtigen zu der Vermuthung, daſs der Kriegs-Fiscus wirklich ein ſolches privilegirtes Unterpfand genoſſen habe. Allein wir laſſen alle Vermuthungen, denn deutlich zeigt drittens *L. 3 C. de primipil.* dieſes privilegirte Unterpfandsrecht des Kriegs-Fiscus an. Zugegeben, auch daſs der Ehefrau

vor *Justinian* wegen ihres Brautschatzes ein blofs persönliches Privilegium zugestanden habe; so bleibt es doch alle Mahl ausgemacht, dafs in dem im angeführten Gesetze vorkommenden Falle eines derselben des Brautschatzes halber zustehenden Pfandrechts gedacht wird, es rühre nun solches her, woher es wolle. Denn wie ist es möglich, dieses in den Worten des Gesetzes: *poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere*, zu verkennen, wenn man das Gesetz in seinem Zusammenhange richtig interpretiren will? Und will man *Hellfelds* Auslegung hier annehmen, wozu denn eine Entscheidung in einer Angelegenheit, die sich schon von selbst ergab? Denn wie konnte wohl auch nur darüber eine Frage entstehen: ob jemand, der mit einem Pfandrechte versehen wäre, einem blofs persönlich privilegirten Gläubiger vorgezogen werden müfste. Wird nun aber das Pfandrecht des Kriegs-Fiscus blofs aus dem Grunde, weil es ein Pfandrecht desselben ist, dem der Ehefrau vorgezogen, so liegt es klar am Tage, dafs es ein privilegirtes Pfandrecht seyn mufs, weil sich sonst unmöglich nach der Rangordnung der Hypotheken eine solche Entscheidung würde haben treffen lassen.

Unter *Constantin dem Grofsen* wurde

XVII. den Pupillen und Minderjährigen eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren ertheilt. — *Pro officio administrationis*, heifst es in der *L. 20 C. de administr. et officio tutor.*, *tutoris vel curatoris bona, si debitores existunt, tamquam pignoris titulo obligata minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.* Da vor *Constantin dem Grofsen* kein Kaiser, so viel wir wissen, den Pupillen und Minderjährigen ein Unterpfandsrecht beygelegt hat, und selbst noch dem *Hermogenian*, wie er sein Buch: *Iuris epitomas*, schrieb, dasselbe unbekannt war: so können wir sicher annehmen, dafs *Constantin der Grofse* der Urheber davon sey. b) Die Worte des Gesetzes gehen auch nicht, wie Einige glauben, auf blofse Bestätigung eines schon vorhandenen Rechts, noch steht es entgegen, dafs das Gesetz ein blofses Rescript ist, da bekanntlich auch durch solche Rescripte, welche auf einen Antrag der Unterthanen erlassen wurden, häufig etwas neues eingeführt worden

b) *Runde*, *a. a. O.*

ist. — Die Worte des Rescripts: *tamquam pignoris titulo*, zeigen auch mehr denn zu deutlich, daſs dieses die erste kaiserliche Verordnung ist, welche zum Besten der Pupillen ein Pfandrecht derselben in dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren anordnete. — Vielleicht, und dies ist mir wenigstens sehr wahrscheinlich, stellte man dem Kaiser die Lage der Pupillen und Minderjährigen und das Verhältniſs derselben zu ihren Tutoren und Curatoren vor, und machte von dem dem Fiscus an dem Vermögen seiner Verwalter zustehenden stillschweigenden Pfandrechte hier eine Anwendung, welches den Kaiser bewog, den Pupillen und Minderjährigen gleichfalls das Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren als eine Hypothek anzuweisen. Denn die Worte: *tamquam pignoris titulo obligata*, zeigen es nur zu deutlich, daſs der Kaiser auf eine andere schon vorhandene stillschweigende Hypothek Rücksicht nimmt. — Er legt den Pupillen und Minderjährigen nicht mit ausdrücklichen Worten ein stillschweigendes Unterpfandsrecht bey, sondern sagt bloſs, sie sollen, *tamquam pignoris titulo obligata*, das Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren in Anspruch nehmen können, welches jedoch im Grunde immer dasselbe ist.

Es nimmt dieses allgemeine stillschweigende Unterpfandsrecht von der Zeit seinen Anfang, da der Vormund oder Curator sich der Administration des Vermögens des Pupillen oder Curanden unterzogen hat, nicht von der Zeit, da die üble Verwaltung anfing. Es kann übrigens nicht mit dem oben gedachten persönlichen Privilegio nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden, da es nicht an dessen Stelle getreten, sondern lediglich zur gröſsern Sicherheit der Pupillen und Curanden eingeführt worden ist. Man darf auch dasselbe im Geiste des Römischen Rechts nicht den Rasenden, Wahnsinnigen und andern hülfsbedürftigen Personen beylegen, da es ausdrücklich auf die Pupillen und Minderjährigen eingeschränkt ist, und eine ausdehnende Erklärung der Privilegien nicht gestattet werden darf. [c])

Es ist übrigens keinem Zweifel unterworfen, daſs das Vermögen der Mutter und Groſsmutter, wenn sie, (wozu sie nach dem neuern Römischen Rechte befugt sind,) die Tutel über ihre respectiven Kinder und Enkel führen, diesen

c) In wie fern man heutiges Tages diese Ausdehnung annehmen kann, werde ich unten zeigen.

gleichfalls verpfändet werde. — Jedoch kann aus der Verordnung des Kaisers *Constantin* nicht die Hypothek abgeleitet werden, welche

XVIII. den Kindern an dem Vermögen des Stiefvaters zugestanden worden ist, wenn dieser sich mit ihrer Mutter, ehe solche noch die Tutel abgegeben und Rechnung abgelegt hat, verheurathet. Es fällt solche vielmehr in spätere Zeiten. Zuerst verordneten die Kaiser *Valentinian*, *Theodosius* und *Arcadius*, d) daſs eine Mutter, welche nach aufgehobener Ehe die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen wolle, auf die zweyte Ehe eidlich Verzicht leisten, und das Vermögen desjenigen, der dessen ungeachtet mit einer solchen Frauensperson eine Ehe abschliessen würde, den Kindern verpfändet seyn solle. Dadurch wurde nun zwar den Kindern ein stillschweigendes Unterpfandsrecht in dem Vermögen des Stiefvaters verliehen, aber, wie es scheint, nur wegen der aus zukünftiger Verwaltung entspringenden Nachtheile. Erst die Kaiser *Theodosius der Jüngere* und *Valentinian III.* verordneten ganz allgemein: e) *Si mater legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas contra iuramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam iis tutorem alium fecerit ordinari, eiusque quod debetur ex ratione tutelae gestae persolverit, mariti quoque eius praeteritae tutelae gestae ratiociniis bona iure pignoris tenebuntur obnoxia*, und dehnten dadurch dieses stillschweigende Unterpfand der Pupillen auch auf das aus, was die Mutter aus der vorigen Verwaltung schuldig geblieben war. *Justinian* f) lieſs es in der Folge bey diesen Verfügungen seiner Vorgänger, und hob bloſs die eidliche Verzichtleistung der Mutter auf die zweyte Ehe auf, wogegen er aber auch wieder für die Sicherheit der Pupillen dadurch sorgte, daſs er die Verzichtleistung der Mutter auf den Vellejanischen Rathschluſs einführte, und derjenigen Mutter die Ehrlosigkeit androhete, welche vor abgelegter Vormundschaftsrechnung zu einer zweyten Ehe schreiten würde.

Die Kaiser *Leo* und *Anthemius* ertheilten

XIX. den Kindern eine stillschweigende Hypothek wegen der *lucra nuptialia* in dem Vermögen der Aeltern. Die Kaiser *Gratian*, *Valen-*

d) *L. 2 C. quando mulier tut. off. fung.*

e) *L. 6 C. in quib. caus. pign.*

f) *Nov. 22, C. 40; Nov. 94, C. 2. Auth. sacramentum quidem C. quando mulier tutor. offic. fungit.*

tinian und *Theodosius* verordneten zuerst, [g]) dass die Frauenspersonen, welche zur zweyten Ehe übergehen würden, zwar den Besitz und Niessbrauch desjenigen behalten sollten, was aus der ersten Ehe *titulo universali* oder *singulari* auf sie gekommen, dagegen aber den Kindern des ersten Ehebettes davon das Eigenthum anheim fallen solle. Sie untersagten zugleich der Ehefrau alle Veräusserung, mit dem Bedeuten, dass widrigen Falles das Fehlende aus ihrem Vermögen ersetzt werden sollte. — Ein Gleiches verordneten die Kaiser *Theodosius* und *Valentinian* [h]) auf den Fall, wenn der Ehemann der überlebende Theil seyn, von seiner Frau etwas zugewendet erhalten haben, und hernach zur zweyten Ehe übergegangen seyn sollte. — Aber in der Constitution dieser Kaiser kommt so wenig als in der von *Gratian*, *Valentinian* und *Theodosius* etwas von dem stillschweigenden Unterpfandsrechte der Kinder des ersten Ehebettes vor. Das in der Constitution der Kaiser *Teeodosius* und *Valentinian* den Kindern ertheilte *ius vindicandi* kann nicht darauf bezogen werden, hat auch schon in dem den Kindern ertheilten Eigenthumsanfalle seinen zureichenden Grund. — Die Kaiser *Leo* und *Anthemius* verordneten zuerst, [i]) dass, wenn die Mutter zur zweyten Ehe übergehen würde, den Kindern erster Ehe wegen der *lucra nuptialia* nicht nur das gesammte Vermögen, das von ihrem Vater auf die Mutter gekommen, sondern auch das eigne Vermögen der Mutter mit Unterpfandsrecht haften sollte; welche Verfügung hernach von *Justinian* auch auf den Vater ausgedehnt wurde. [k])

Justinian ertheilte auch

XX. den Kindern wegen der *bona materna* und *materni generis*, die sich in der Administration und dem Niessbrauche des Vaters befinden, ein stillschweigendes Unterpfandsrecht an dem Vermögen desselben. [l]) — Von *Constantin* bis zu *Justinian* waren zwar die Rechte des Vaters und der Kinder gegen einander wegen des mütterlichen Vermögens verschieden bestimmt worden, aber es fehlte noch immer an einem solchen Sicherungsmittel, als *Justinian* hier verlieh. — *Justinian* hat nachher dieses den Kindern ertheilte Unterpfandsrecht nochmahls bestätigt, aber ausdrücklich auf das von mütterlicher Seite herkom-

g) *L.* 3 *pr. C. de secund. nupt.*
h) *L.* 5 *C. eod.*
i) *L.* 6, §. 3 *C. eod.*
k) *L.* 8, §. 4, 5 *C. eod.*
l) *L.* 1 *C. de bonis maternis.*

mende Adventiz - Gut der Kinder eingeschränkt, so daſs man es wegen der übrigen Bestandtheile des *peculii adventitii* nicht annehmen kann. — Die bestätigende Constitution: *L.* 6, §. 1 und 2 *C. de bonis quae liberis*, sagt ausdrücklich: *sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in successione quidem earum rerum, quae extrinsecus filiisfamilias acquiruntur, iura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt. Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc seu iam mortui sperare audeant, nec ratiocinia ei super administratione inferre.* etc. [m])

Von *Justinian* wurde gleicher Gestalt

XXI. den Legatarien und Fideicommissarien eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen ertheilt, das derjenige, dem die Entrichtung der Vermächtnisse und Fideicommisse war auferlegt worden, von dem Erblasser erhalten hatte. [n]) — Vor dem *Justinian* hatten die Vermächtnisnehmer kein Unterpfandsrecht, sondern theils bloſs die *actionem personalem* gegen denjenigen, dem die Verbindlichkeit, die Vermächtnisse zu entrichten, war auferlegt worden, theils eine *actionem in rem*, je nachdem die Entrichtung des Vermächtnisses auf der Verbindlichkeit desselben allein beruhete, oder dem Vermächtnisnehmer noch obendrein das Eigenthum anheim gefallen war. — Zwar scheint es, als wenn *Papinian* in der *L.* 4, §. 1 *D. de separat.* in den Worten: *legatarios in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam, convenit*, schon von einer stillschweigenden Hypothek der Vermächtnisnehmer redet; allein ich werde weiter unten, in der Lehre von der Separation, zeigen, daſs diese Stelle von etwas ganz anderm zu verstehen sey.

Justinian, der überall in der Lehre von Vermächtnissen so wichtige Abänderungen machte, und darin seinem Zeitalter mehr angemessene Grundsätze einführte, ertheilte den Legatarien zuerst eine stillschweigende Hypothek. [o]) — Die Ausdehnung derselben auf Schenkungen des Todes wegen und auf *fideicommissa singularia* kann um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, als *Justinian* die Schenkungen des Todes wegen den Vermächtnissen näher gebracht

m) Vergleiche hier *H. Th. Fedden* D. *de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt.* Gött. 1778.

n) *L.* 1 *C. commun. de legat.*

o) *L.* 1 *C. comm. de legat.*

und ihnen zum Theil die Eigenschaften der letztern verliehen, und den Unterschied zwischen *legata* und *fideicommissa singularia* aufgehoben hat. p) Wegen der *fideicommissa particularia* und *universalia* sind jedoch die Rechtslehrer noch uneinig: ob auch wegen dieser die von *Justinian* ertheilte Hypothek Statt finden müsse. *Runde* q) glaubt, sie müsse auf *fideicommissa singularia* eingeschränkt werden, den einzigen Fall der *Nov.* 108, *C.* 1, ausgenommen, wo *Justinian* wolle, daſs sie auch bey *fideicommissis particularibus* Statt finden solle. — Allein ich glaube, gerade aus diesem Gesetze läſst sich die Ausdehnung der den Legatarien ursprünglich verliehenen Hypothek auf alle Fideicommisse rechtfertigen. — *Justinian* spricht hier von dem *fideicommisso eius, quod superfuturum erit;* bestimmt, wie viel der Fiduciar-Erbe dem Fideicommissar Erben nothwendig übrig lassen müsse; ordnet zu dessen Sicherheit eine Cautions-Leistung an; und erlaubt dem Fideicommissar-Erben, das, was er nothwendig vermöge des Fideicommisses zu fordern hat, wenn der Fiduciar-Erbe solches verringert haben sollte, aus dessen Vermögen zu ergänzen, und wenn solches nicht hinreichend seyn sollte, die hypothekarische Klage gegen alle diejenigen zu gebrauchen, welche etwas aus der mit dem Fideicommisse beschwerten Erbschaft zu fordern haben sollten. — Es ist nicht abzusehen, warum gerade hier *Justinian* dem Fideicommissar-Erben hätte eine Hypothek zugestehen sollen, wenn er sie nicht schon im Allgemeinen dem Fideicommissar-Erben ertheilt hatte, und davon im vorliegenden Falle bloſs eine Anwendung machen wollte. — Daſs dies auch nur seine Absicht gewesen sey, erhellt deutlich aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes. — Denn der Fiduciar-Erbe ist nur für seine Person zur Restitution der Erbschaft, so wohl im Ganzen als eines Theils derselben, verbunden, und muſs daher der fideicommissarische Erbe zuerst gegen ihn klagen und aus seinem Vermögen die Ergänzung desjenigen, was an der zu restituirenden Erbschaft fehlt, fordern. Erst dann, wenn diese Ergänzung wegen Unvermögens des Fiduciar-Erben nicht geschehn kann, hat er das Recht, die dritten Besitzer, wegen der ihm aus dem Grunde des Fideicommisses stillschweigend verpfändeten Erbschaftssachen, in Anspruch zu nehmen, nach den Grundsätzen, die das den dritten Besitzern verpfändeten Sachen verliehene *Beneficium excussionis*

p) *L.* 2 *C. comm. de legat.* q) *L. c.*, §. 26.

an die Hand giebt. *Justinian* verordnete daher hier nichts neues, sondern machte blofs von bekannten Rechtsgrundsätzen auf den vorliegenden Fall eine Anwendung; und man kann daher auch nicht annehmen, dafs er blofs in dem einen Falle der *Nov.* 108, C. 1, dem Fideicommissar-Erben eine stillschweigende Hypothek an der fideicommissarischen Erbschaft beygelegt habe.

Die den Legatarien und Fideicommissarien verliehene stillschweigende Hypothek schränkt sich blofs auf die Erbschaft ein, und findet daher an dem Vermögen des Erben selbst oder desjenigen, dem die Entrichtung eines Vermächtnisses oder Fideicommisses auferlegt worden ist, nicht Statt. — Ueber dies haftet auch diese Hypothek nur auf denjenigen Gütern des Erblassers, welche der angewiesene Auszahler des Vermächtnisses von diesem empfangen hat, er sey ein Erbe, oder Legatarius, oder Fideicommissarius, oder ein solcher, der durch eine Schenkung des Todes wegen dazu gekommen ist. Was dabey noch besonders merkwürdig ist, ist die als eine Ausnahme von der Regel fest gesetzte Theilbarkeit des Pfandrechts, [r]) die indefs hier, wo blofs von dem Vorzuge der Forderungen die Rede ist, nicht weiter interessirt. [s])

Justinian machte sich auch um die Ehefrauen dadurch verdient, dafs er sie wegen ihres dem Ehemanne zugebrachten Vermögens mehr sicherte, als sie bisher gesichert gewesen waren. So wie *Antoninus Caracalla* für den Fiscus sorgte, so sorgte *Justinian* für die Ehefrauen. Er ertheilte zuerst

XXIII. der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes eine stillschweigende Hypothek an den Dotal-Gütern selbst. — Es ist dieses den Ehefrauen ertheilte Privilegium in der *L.* 30 *C. de iure dotis* enthalten. Schon früher erliefs *Justinian* eine Verordnung zum Besten der Ehefrauen, welche in der *L.* 29 *C. de iure dotium* enthalten ist, welche aber nicht so wohl den Ehefrauen neue Rechte ertheilt, als vielmehr die ihnen bereits zuständigen Rechte denselben auch noch bey stehender Ehe gestattet. Die Ehefrauen konnten nämlich vor dem *Justinian*, wenn ihnen das Vermögen ihrer Männer wegen des Brautschatzes ausdrücklich verpfändet worden, und ihr Pfandrecht ein älteres Pfandrecht war, zwar, wenn die Ehe war aufgehoben worden, wider die jüngern

r) *L.* 2 *C. si unus ex plurib.* Becker prolus. *de actione hypothecaria legatariis competente non ipso iure divisa.* Gryphisw. 1768.

s) Vergleiche übrigens noch über diese Hypothek *Westphals* Pfandrecht, S. 143.

Pfandgläubiger ihres Mannes, welche ſie aus dem Beſitze verdrängen wollten, nicht nur eine Exception gebrauchten, ſondern konnten dieſe auch mit der hypothekariſchen Klage belangen; ſo lange aber die Ehe noch ſtand, war ihnen von dieſen Gerechtſamen Gebrauch zu machen nicht erlaubt. — *Juſtinian* fand dies unbillig, und verſtattete der Ehefrau auch bey noch ſtehender Ehe, wenn der Mann in Schulden gerieth, dieſelben Rechtsmittel, wovon ſie ſonſt nur nach geendigter Ehe Gebrauch machen konnte.

Die *L.* 30 *C. de iure dotium*, welche nun folgte, enthält eigentlich drey Verfügungen, wovon uns jedoch nur die erſte und zweyte intereſſiren können. „*In rebus dotalibus*," (ſagt *Juſtinian*,) „*ſive mobilibus ſive immobilibus, ſeu ſe moventibus, ſi tamen extant, ſive aeſtimatae ſive inaeſtimatae ſint, mulierem in his vindicandis omnem habere poſt diſſolutum matrimonium praerogativam iubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores ſunt, poſſe ſibi potiorem cauſam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanſerint dominio. Non enim quod legum ſubtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confuſa eſt. Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quaſi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere: ut ſive ex naturali iure eiusdem mulieris res eſſe intelliguntur, ſive ſecundum legum ſubtilitatem ad mariti ſubſtantiam perveniſſe videantur, per utramque viam, ſive in rem ſive hypothecariam ei pleniſſime conſulatur.* etc. — *Juſtinian* ertheilt hier den Ehefrauen 1. eine ſtillſchweigende Hypothek an den Dotal-Sachen ſelbſt, und verbindet 2. damit ein Vorzugsrecht vor andern Pfandgläubigern. — Nur die ſtillſchweigende Hypothek allein verdient es, daſs wir ihr eine genauere Betrachtung widmen. — Wenn man auf die Worte des Geſetzes: *ſive aeſtimatae ſive inaeſtimatae ſint*, ferner auf die Worte: *in his vindicandis*, und endlich auf die Worte: *quod legum ſubtilitate transitus earum* etc., Rückſicht nimmt: ſo ſcheint es, als wenn der Ehefrau durchgehends ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an den Dotal-Sachen wäre beygelegt worden. Man würde unter ſolchen Umſtänden, da es bekannt iſt, daſs niemand an ſeiner eignen Sache ein Pfandrecht haben kann, ſondern das Eigenthum das Pfandrecht ausſchlieſst, den *Juſtinian*

einer offenbaren Ungereimtheit beſchuldigen müſſen. Aber noch ſchwerer würde es alsdann ſeyn, von der Verfügung *Juſtinians* ſelbſt Gebrauch zu machen. — Indeſs iſt dieſe Ungereimtheit nur ſcheinbar, und hebt ſich ſogleich, wenn wir in den Geiſt dieſer Juſtinianeiſchen Verordnung näher eindringen.

Juſtinian verſtattet den Ehefrauen, wenn die Ehe aufgehoben worden iſt, an ihren zugebrachten Dotal-Sachen 1. im Allgemeinen das *Ius vindicandi*, ſie mögen *aeſtimatae* oder *inaeſtimatae* ſeyn. — Das *Ius vindicandi* iſt hier im Allgemeinen weiter nichts als das Recht, dinglich zu klagen, oder die Dotal-Sachen auf den Grund eines dinglichen Rechts in Anſpruch nehmen. In ſo fern die Dotal-Sachen nicht geſchätzt und der Subſtanz nach dem Manne zur freyen Diſpoſition waren überlaſſen worden, iſt das, was *Juſtinian* hier verfügt, nichts neues, ſondern der Ehefrau ſtand ſchon vorher das *Ius vindicandi* deſshalb zu. In ſo fern hingegen auch an den abgeſchätzten Dotal-Sachen der Ehefrau die *Vindicatio* nachgelaſſen wird, enthält die Conſtitution *Juſtinians* allerdings etwas neues, weil man vorher allgemein annahm, daſs die Ehefrauen durch eine ſolche Abſchätzung der Dotal-Sachen das Eigenthum verloren. — Aber welche neue Rechte geſtattet denn nun *Juſtinian* den Ehefrauen an den abgeſchätzten Dotal-Sachen? *Juſtinian* verordnet: 2. Es ſoll ſich kein *Creditor anterior*, worunter hier nicht bloſs ein älterer, ſondern auch jeder andere bevorzügte Pfandgläubiger verſtanden werden muſs, einen Vorzug an dieſen Sachen beylegen, *cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanſerint dominio.* Darnach würde alſo folgen, daſs der Ehefrau an den Dotal-Sachen, ſie möchten abgeſchätzt worden ſeyn oder nicht, völlig gleiche Rechte zuſtünden, und daſs im erſtern Falle eben ſo gut wie in dem letztern der Ehefrau das Eigenthum verbleibe. Allein nimmt man dazu, was 3. *Juſtinian* noch ferner verordnet, und wornach er der Ehefrau auf den Fall, wenn die Dotal-Sachen nicht abgeſchätzt worden ſind, die wirkliche Eigenthumsklage oder Reivindication, und wenn eine ſolche Abſchätzung geſchehen iſt, nur die hypothekariſche Klage beylegt; ſo zeigt es ſich ſogleich, daſs es weder die Abſicht *Juſtinians* geweſen ſey, den Ehefrauen unbedingt das Eigenthum an den Dotal-Sachen zuzuſprechen, noch ihnen eben ſo unbedingt die hypothekariſche Klage und damit ein Pfandrecht zu ertheilen. Es kommt bey dem Geſetzgeber

nicht darauf an, was er für Gründe seiner Entscheidung angiebt, sondern was er wirklich entscheidet, besonders wenn die Gründe der Entscheidung mit ihr selbst gewisser Massen in Widerspruch stehen, wie das hier wirklich der Fall ist. Sey es also auch, dass man nach den Entscheidungsgründen, die hier *Justinian* angiebt, annehmen könnte, die Ehefrau behalte, ohne Unterschied, die Dotal-Sachen möchten abgeschätzt worden seyn oder nicht, daran das Eigenthum, und könne von der Eigenthumsklage Gebrauch machen; so ergiebt es sich doch aus der folgenden Verfügung desselben deutlich, dass ihr nur auf den Fall, wenn die Dotal-Sachen abgeschätzt worden sind, die hypothekarische Klage zuständig seyn, folglich sie nur ein Pfandrecht geniessen soll. — Dazu kommt noch, dass die Gründe, deren sich *Justinian* bedient, und nach welchen man auch in diesem Falle den Ehefrauen das *Ius vindicandi dotem* aus dem Eigenthumsrechte zugestehen könnte, nicht bey der Hauptentscheidung, sondern da vorkommen, wo er von dem Vorzuge derselben vor den Pfandgläubigern des Mannes, und davon spricht, dass diese immer der Frau nachstehen müssen, wenn sie ihre Dotal-Sachen selbst in Anspruch nimmt.

Man könnte dieses den Ehefrauen von *Justinian* verliehene Pfandrecht für ein Separations-Recht halten, weil die Ehefrauen allen Pfandgläubigern vorgehen sollen, wenn sich nicht aus der deutlichen Vorschrift *Justinians* ergäbe, dass es nur ein Pfandrecht seyn sollte. — Dass es unter den angeführten Umständen ein wahres Pfandrecht sey und der Begriff vom Pfandrechte damit nicht in Widerspruch stehe, bedarf weiter keines Beweises.

Justinian ertheilte ferner

XXIV. nachdem er die *rei uxoriae actio* und *actio ex stipulatu* mit einander verschmolzen:

1. Dem Ehemanne ein allgemeines stillschweigendes Unterpfandsrecht an den Gütern desjenigen, welcher ihm einen Brautschatz versprochen, mag solches die Ehefrau selbst, der Schwiegervater oder ein Fremder seyn, und haftet das Unterpfand nicht bloss für die Auszahlung des Brautschatzes, sondern auch für dessen Gewährsleistung. [r])

r) *L. un.* §. 1 *C. de R. V. A.* Es dauert daher dieses Pfandrecht auch noch nach Auszahlung des Brautschatzes fort. Wegen der Gewährsleistung vergleiche *L.* 1 *C. de iure dotium.*

2. Der Ehefrau gleichfalls ein allgemeines ſtillſchweigendes Unterpfand an dem Vermögen des Mannes wegen dereinſtiger Reſtitution des Brautſchatzes, möge ſolcher von der Ehefrau ſelbſt oder einem andern gegeben worden ſeyn. [u])

Denn auch in dem letztern Falle wird es ſo angeſehen, als wenn der Ehefrau der Brautſchatz geſchenkt worden iſt, und ſie denſelben eingebracht hat. [v]) — Es iſt unter den Rechtslehrern ſehr ſtreitig, ob dieſes der Ehefrau geſtattete allgemeine ſtillſchweigende Pfandrecht auch der Braut zugeſtanden werden müſſe, wenn ſie den Brautſchatz voraus bezahlt hat und die Vollziehung der Ehe hernach nicht erfolgt iſt, der Bräutigam aber den Brautſchatz verzehrt hat, in Schulden gerathen und von der Reſtitution des Brautſchatzes dem Werthe nach die Rede iſt. Von den neuern Rechtslehrern hat *Runde* [w]) unſtreitig die triftigſten Gründe angeführt, warum, ſeiner Meinung nach, das Pfandrecht bloſs der Ehefrau, nicht aber der Braut zuſtändig ſeyn kann. 1. ſagt er, könne man das nicht als einen wahren Brautſchatz betrachten, was die Braut *dotis nomine* voraus bezahlt hätte; 2. ſey das ſtillſchweigende Pfandrecht bloſs der Ehefrau und nicht zugleich der Braut beygelegt worden, und dürfe daher als ein Privilegium auf ſolche nicht ausgedehnt werden; 3. könne man die Gründe, welche den Geſetzgeber veranlaſst hätten, das Unterpfand den Ehefrauen zu ertheilen, nicht bey Bräuten annehmen; und endlich 4. könne auch ſolches nach der Natur der Sache darum nicht Statt finden, weil die Rechte des Brautſchatzes erſt mit der Vollziehung der Ehe ihren Anfang nähmen.

Allein ſo triftig auch dieſe Gründe ſcheinen, ſo glaube ich dennoch, daſs man das den Ehefrauen ertheilte allgemeine ſtillſchweigende Pfandrecht auch den Bräuten beylegen könne, und daſs dieſe Ausdehnung völlig mit der Abſicht *Juſtinians* überein ſtimme. Der erſte, dritte und vierte von *Runde* gebrauchte Grund fallen ſofort dahin, wenn man erwägt, daſs das von *Juſtinian* dem

u) *L. cit. C. de R. V. A.*

v) Richtig behauptet *Lauterbach*, *Coll. theor.-pract.*, tit. *in quib. cauſ. tac.*, §. 26, daſs, wenn der Schwiegervater oder ſonſt jemand ſich die Reſtitution des Brautſchatzes ausbedungen, das Unterpfandsrecht wegfallen müſſe.

w) *C. l.*, pag. 50. Vergleiche auch noch *Erxleben Princ. de iure pign. et hypothec.*, §. 71. — Sehr dürftig iſt bey dieſer wichtigen Frage *Weſtphal* im *Pfandrechte*, S. 138.

Brautſchatze ertheilte allgemeine ſtillſchweigende Pfandrecht lediglich dem Brautſchatze als ſolchem ertheilt worden iſt und überall die Sicherung des weiblichen Vermögens zum Zwecke hat; die Braut befindet ſich aber, wenn ſie den Brautſchatz voraus bezahlt hat, mit der Ehefrau in gleicher gefährlichen Lage. — Daſs aber das, was die Braut als Brautſchatz pränumerirt hat, nach dem Römiſchen Rechte als wahrer Brautſchatz angeſehen, und als ein ſolcher behandelt wird, beweiſet der Umſtand ſchon hinlänglich, daſs der Braut das dem Brautſchatze zugeſtandene *Privilegium perſonale* eben ſo gut als der Ehefrau zukommt, wie ich ſolches oben gezeigt habe. Man würde alſo, wenn man *Runden* beypflichten wollte, annehmen müſſen, daſs der von der Braut voraus bezahlte *Dos* in dem einen Falle als ein wirklicher Brautſchatz und in dem andern nicht als ein ſolcher betrachtet werden könne, was ſich doch offenbar nicht vertheidigen läſst, wenigſtens kennen die Geſetze dieſe Diſtinction nicht. — Wenn wir endlich auch zugeben, daſs die Rechte und Privilegien des Brautſchatzes erſt von Zeit der Vollziehung der Ehe anfangen, ſo iſt das bloſs die Regel, welche Statt findet, in ſo fern wir von einer Ehefrau reden, und auf dieſe den Begriff des Brautſchatzes beziehen. Daraus aber folgt noch keinesweges, daſs ſie auch vor der Ehe nicht Statt finden könnten, ſo wie ſie erſt nach längſt abgeſchloſsner Ehe ihren Anfang nehmen müſſen, wenn der Brautſchatz eine Zeit nachher eingebracht worden iſt. — Der wichtigſte und Hauptumſtand iſt freylich der: daſs *Juſtinian* bey Einführung der allgemeinen ſtillſchweigenden Hypothek lediglich von den Ehefrauen redet und der Bräute mit keinem Worte gedenkt. Allein ertheilt er darum auch den Ehefrauen allein die ſtillſchweigende Hypothek? Immer redet er nur von dem Brautſchatze und deſſen Sicherung, und giebt dem Brautſchatze als ſolchem die ſtillſchweigende Hypothek. So heiſst es z. B. in der *L. un. C. de rei uxor. act.*, §. 1: — *Et ut plenius dotibus ſubveniatur* etc., und geſchieht nur beyläufig der Ehefrau als der vorzüglichſten Perſon, und welche die Sache gewöhnlich angeht, Erwähnung. Kann nun aber, wie ich vorhin gezeigt habe, dem von der Braut voraus bezahlten Brautſchatze die Qualität des Brautſchatzes nicht abgeſprochen werden, ſo folgt, daſs ſie nach dem Geiſte des Geſetzes und der Abſicht des Geſetzgebers nicht ausgeſchloſſen worden iſt. Dazu kommt, daſs *Juſtinian* in der *L. un. C. de rei uxor. act.* ſich über das ganze *Ius uxorium* verbreitet und ſolches im Allgemeinen reformirt, das *Ius*

uxorium aber der Braut nach dem ältern Rechte eben ſo gut als der Ehefrau zuſtändig war. [x])

Uebrigens genieſst ſo wohl die wahre als putative Ehefrau dieſe ſtillſchweigende Hypothek, und kann davon ſo wohl nach dem Tode des Mannes als bey deſſen Leben Gebrauch machen. — Und wenn während der Ehe das Heurathsgut vermehrt worden ſeyn ſollte, ſo bekommt auch dieſe Vermehrung ein ſtillſchweigendes Pfandrecht. [y]) — Eben ein ſolches Pfandrecht iſt auch der Ehefrau wegen der *Donatio propter nuptias* ertheilt worden, wenn dazu nicht gewiſſe Grundſtücke angewieſen ſind, (wobey ſie keines Pfandrechts bedarf,) ſondern bloſs die *Donatio propter nuptias* beſtellt worden iſt. [z]) — Auch erſtreckt ſich die allgemeine Legal-Hypothek an des Mannes Gütern wegen des übrigen Eingebrachten auſser dem Brautſchatze. [a])

Ferner hat *Juſtinian* auch noch

XXV. den Ehefrauen wegen ihres Brautſchatzes ein Vorzugsrecht ertheilt, welches man das *Privilegium dotis* nennt. [b]) — Wenn es gleich keinem Zweifel unterworfen iſt, daſs daſſelbe in Anſehung des *Augmenti dotis* als ein Theil des Brautſchatzes gleichfalls Statt finden müſſe, ſo darf es dagegen weder der *Donatio propter nuptias*, [c]) noch dem übrigen Eingebrachten der Ehefrau auſser dem Brautſchatze beygelegt werden, obgleich die ſtillſchweigende allgemeine Hypothek der Ehefrau ſich auch darüber mit erſtreckt. Es iſt folglich das *Privilegium dotis* ein ganz für ſich beſtehendes *Beneficium legis*, welches mit der allgemeinen Legal-Hypothek der Ehefrauen nichts zu ſchaffen hat.

Juſtinian hat das *Privilegium dotis* ſo wohl als die übrigen dem Brautſchatze der Ehefrauen beym Schuldenweſen ihrer Männer geſtatteten Vorrechte nur den rechtgläubigen Ehefrauen ertheilt, den *haereticis mulieribus* aber abgeſprochen. Die *Nov.* 109, *Cap.* 1, enthält dieſe Verfügung *Juſtinians*.

x) *L. un. C. de priv. dot.*

y) *Nov.* 97, *C.* 1.

z) *Weſtphal Pfandrecht*, §. 89 und 90.

a) *Nov.* 109, *C.* 1. Siehe auch *Weſtphal c. l.*, §. 90.

b) *L.* 12 *C. qui potiores in pignore.* — Eigentlich iſt dieſes *Privilegium dotis* weiter nichts als eine Erſtreckung des alten Vorzugsrechts, das die Ehefrauen bey dem *Privilegio dotis perſonali*, (*L. un. C. de privil. dotis.*) ſchon genoſſen, auf die ſpäterhin ihnen zugeſtandene ſtillſchweigende Hypothek.

c) Vergleiche jedoch *Runde* in der mehrmahls angeführten Schrift, §. 42.

Nachdem er nämlich hier erklärt hatte, daſs die Ketzer mit den Rechtgläubigen nicht gleiche Rechte genieſsen ſollen, ſo wendet er dieſes noch insbeſondere auf die Ehefrauen an, und verordnet, daſs die denſelben verliehenen Privilegien, unter welchen er auch des *Privilegii dotis* nahmentlich Erwähnung thut, nur denjenigen zu Statten kommen ſollen: *quae diligentiam habent, rectam et adorandam noſtram fidem tenere,* (*catholicae dicimus et apoſtolicae eccleſiae,*) *et participare in eius ſalutari communione. Quae enim,* (fährt er fort,) *ſeparant ſe a ſancta Dei catholica et apoſtolica eccleſia, et ſacroſanctam in ea communionem percipere non patiuntur a Deo amabilibus ſacerdotibus, nolumus omnino talibus frui privilegiis. Si enim ſe ſeparant a Dei muneribus et a ſacra communione alienas faciunt: multo potius et nos non eas dignas fieri privilegiis, neque ex noſtris legibus frui permittimus continentia; ſed ſint eis inaggreſſibilia omnino ex legibus beneficia, et omni privilegio ex noſtris conſtitutionibus eis dato privabuntur.* — Dieſes Geſetz hat zu dem merkwürdigen Streite Veranlaſſung gegeben: ob den Jüdiſchen Eheweibern beym Schuldenweſen ihres Mannes die Vorrechte des Brautſchatzes geſtattet werden dürften oder nicht. Die verneinende Meinung, und daſs ſie ihnen nicht zu Statten kommen dürften, hat, auſser andern Rechtslehrern, [d]) noch zuletzt *Walch* [e]) vertheidigt, und mit den ſcheinbarſten Gründen unterſtützt. „Zwar", (ſagt er,) „hat *Juſtinian* bey Errichtung jener für den Brautſchatz ſo vortheilhaften Anordnungen nicht auf die Religion Rückſicht genommen, und keinen Unterſchied zwiſchen Chriſtlichen und Jüdiſchen Ehefrauen gemacht. Auch hat er in der *Nov.* 109 den Jüdiſchen Eheweibern jene Rechtswohlthaten nicht ausdrücklich verſagt, ſondern bloſs den *mulieribus haereticis,* worunter die Jüdiſcher Eheweiber, vermöge des Begriffs von einem *haereticus,* nach der *L.* 2 *C. de haereticis,* nicht begriffen ſeyn können. Und über dies muſs ein abänderndes Geſetz, wie *Nov.* 109 iſt, ſtrenger erklärt werden. — Nichts deſto weniger muſs man annehmen, daſs *Juſtinian* in der *Nov.* 109 die Jüdiſchen Eheweiber von jenen Rechtswohlthaten ausgeſchloſſen und dieſelben hierin den ketzeriſchen gleich geſtellt hat, indem er

d) *v. Puffendorf Obſ. iur. univ.,* T. I, Obſ. 208, p. 532; T. III, Obſ. 72, p. 130. *Struben rechtl. Bedenken,* B. 3, Bed. 68, S. 130. *von Cramer in den Wetzlarſchen Nebenſtunden,* Th. 3, S. 49 folg.

e) In Pr. *de privilegio dotis iudaeae.* Ien. 1785.

ausdrücklich in dieſem Geſetze ganz allgemein ſagt: daſs nur diejenigen Eheweiber derſelben theilhaftig ſeyn ſollen, welche den Glauben der Chriſtlichen und rechtgläubigen Kirche hätten, und deren Gemeinſchaft theilhaftig wären, nicht aber die, welche ſich von der Gemeinſchaft der chriſtlichen Kirche und der Theilnahme an den Sacramenten derſelben ausſchlieſsen. — Alles dieſes gilt nicht nur von Abtrünnigen des chriſtlichen Glaubens, ſondern kann um ſo viel mehr auf die Jüdiſchen Eheweiber, die gar nicht einmahl zur chriſtlichen Kirche gehören, angewendet werden. Hierzu kommt, daſs die kaiſerlichen Geſetzgeber die Anhänger des *Neſtorius* aus dem Grunde verwerfen, weil ſie ἀκολουθοῦντες τῇ Νηστορίου Ἰουδαϊκῇ μανίᾳ, d. i.: den Jüdiſchen Unſinn des *Neſtorius* annahmen. — Daſs die Juden nicht zu den eigentlichen *Haereticis* gehören und um ihretwillen nicht beſonders die *Nov.* 109 gegeben worden, thut nichts zur Sache, denn es konnte darin auch etwas angeordnet werden, was die Juden anging, indem ſie anderwärts mit den Ketzern verglichen werden. Die Regel von ſtrenger Auslegung abändernder Geſetze wird bey dieſen Grundſätzen beobachtet, weil die Juden allerdings zu denen gehören, welche nicht Mitglieder der rechtgläubigen Kirche ſind."

So ſcharfſinnig auch dieſe Gründe immer ſeyn mögen, ſo muſs ich doch denjenigen Rechtslehrern beytreten, f) welche den Jüdiſchen Eheweibern in Rückſicht ihres Brautſchatzes gleiche Rechte mit den Chriſtlichen geſtatten. Denn ſo hat 1. *Juſtinian* die Jüdiſchen Eheweiber in keinem Geſetze ausdrücklich von dem Genuſſe des Privilegiums des Brautſchatzes ausgeſchloſſen, mithin muſs ihnen daſſelbe nach der *L.* 8 *C. de Iudaeis* noch zuſtändig ſeyn. 2. Von den häretiſchen Eheweibern, deren *Juſtinian* in der *Nov.* 109 gedenkt, und welchen er das mehrgedachte Privilegium des Brautſchatzes entzieht, läſst ſich kein richtiger Schluſs auf die Jüdiſchen machen, und behaupten, daſs daſſelbe auch dieſen genommen ſey; denn der Grund und die Urſache des Geſetzes paſſen

f) Dahin gehören vorzüglich: *von Senkenberg* in der D. *de iuribus ac privilegiis dotium illatorumque in concurſu creditorum tum in genere tum in ſpecie quoad mulieres iudaicas.* Gieſsae 1729 *Königke* Pr. *de iuribus ac privilegiis dotium in concurſu creditorum mulieribus iudaicis competentibus.* Lipſ. 1733. *Gatzert* in Tr. *de Iudaeorum in Haſſia, praecipue Darmſt., iuribus et obligationibus,* §. 10. *Klüber* in der *kleinen juriſt. Bibliothek*, St. 4, S. 485. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 378.

nicht auf den vorliegenden Fall, welches doch eine richtige Analogie erfordert, sondern sind vielmehr demselben geradezu entgegen. Wer nur die Justinianeische Gesetzgebung, vorzüglich in so fern sie auf die Religion Beziehung hat, mit einem flüchtigen Blicke durchläuft, wird finden, welchen Anhänger *Justinian* von der rechtgläubigen Kirche abgab, und wie sehr er alle Abtrünnigkeit von derselben, theils wegen der Unordnung, die daraus entstand, theils darum hasste, weil solche einen wirksamen Einfluss auf die Urtheile der nicht-Christlichen Religions-Parteyen von der Christlichen Religion haben, und auf diese Art der Ausbreitung und dem Ruhme derselben nachtheilig werden konnte. Schon von den vorigen Kaisern waren harte Verordnungen gegen die Ketzer erlassen, und selbige mancher Vorrechte beraubt worden, und dennoch that alles dieses der Ketzerey keinen Einhalt. War es also wohl Wunder, wenn der orthodoxe *Justinian*, der überhaupt in allem so gerne glänzen wollte, es auch hierin seinen Vorgängern zuvor zu thun bemüht war, und sogar den ketzerischen Eheweibern die Vorrechte ihres Brautschatzes raubte? — Aus diesem ergiebt sich also offenbar, dass der Grund der Justinianeischen Verordnung in der *Nov.* 109 kein anderer war, als die Abtrünnigkeit von der rechtgläubigen Kirche noch mehr zu verhüten, und kann solche daher nicht auf die Jüdischen Eheweiber angewendet werden, die gar nicht zur Christlichen Kirche gehörten und von derselben daher auch nicht abtrünnig werden konnten.

Was sich noch wohl am meisten gegen diese Behauptung und für die Meinung der Gegner gebrauchen lässt, ist unstreitig dieses, dass *Justinian* die Rechte und Immunitäten der Juden sehr einschränkte, sie der Ehrenstellen und Würden verlustig erklärte, [g]) ihrer Synagoge etwas zu vermachen verbot, [h]) und die Ehen der Christen mit den Juden als Ehebruch und Blutschande zu strafen befahl. [i]) Sollte er daher auch nicht das, was er von den häretischen Eheweibern anordnete, auch von den Jüdischen verstanden wissen wollen? — Ich glaube keinesweges. Denn alle diese Verfügungen *Justinians* haben zum Zwecke, die Juden von der Einmischung in Staatsgeschäfte auszuschliessen, und ihnen die Kräfte zu entziehen, sich gegen den Staat und die Christliche Religion

g) *L.* 18 *C. de Iudaeis.*
h) *L.* 1 *C. eod.*
i) *L.* 6 *C. eod.*

aufzulehnen und müſſen daher nach ihrer wahren Abſicht und nicht zum Nachtheile einzelner erklärt werden. War es die Abſicht des *Juſtinian*, auch den Jüdiſchen Eheweibern die Vorrechte des Brautſchatzes zu entziehen, ſo würde er gewiſs derſelben bey ſeiner Verfügung in der *Nov.* 109 gedacht haben.

Endlich iſt von *Juſtinian*

XXVI. denjenigen, welche *in emendam militiam* creditirt und ſich ein Unterpfandsrecht ausbedungen haben, nicht weniger

XXVII. denjenigen, welche in *refectionem aedium* Geld angeliehen haben, ein privilegirtes Unterpfandsrecht ertheilt worden. — Beyde privilegirte Hypotheken erfordern eine genauere Prüfung.

Das erſtere privilegirte Unterpfandsrecht iſt in der *Nov.* 97, *C.* 4, enthalten. Es wird aber dabey voraus geſetzt, daſs ſich der Gläubiger ein Unterpfandsrecht ausdrücklich ausbedungen habe. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern,[k]) welche aus der *L.* 27 *C. de pignor. et hypoth.*, *Nov.* 53, *C.* 3, und *Nov.* 97, *C.* 4, zuſammen genommen, ein ſtillſchweigendes Unterpfandsrecht eines ſolchen Gläubigers vertheidigen, allein alle dieſe Geſetze wiſſen davon nichts. In der *L.* 27 *C. de pign. et hypothec.* entſchied *Juſtinian* bloſs den vor ihm darüber obwaltenden Zweifel, ob und in wie fern auf eine käufliche Bedienung eine verliehene oder ſonſt zuſtändige General-Hypothek erſtreckt werden könne, und die Gläubiger ſich auch daran zu halten befugt wären. In der *Nov.* 53, *C.* 5, ſchränkt er die Verordnung dieſes Geſetzes ſo wohl überhaupt als insbeſondere zu Gunſten desjenigen Gläubigers ein, welcher zum Ankaufe der Bedienung Geld vorgeſchoſſen hatte; aber einer ſtillſchweigenden Hypothek wird mit keinem Worte gedacht. — Und in der *Nov.* 97, *C.* 4, iſt bloſs von dem Vorzuge der Hypothek eines ſolchen Gläubigers die Rede, wie wir gleich hernach ſehen werden. Von der Entſtehung der Hypothek ſelbſt aber giebt die Novelle gar keine Nachricht.

Man muſs daher annehmen, das Privilegium dieſes Unterpfandes findet nicht anders Statt, als wenn das Unterpfand an der *militia* ausdrücklich bedungen worden iſt. — Aber was bedeutet denn *militia*, und was iſt erforderlich, wenn das zur Erkaufung einer *militia* geborgte Geld den gedachten Vorzug genieſsen ſoll?

k) *Negusantius de pignorib.*, P. 2, Med. 4, No. 164. *Bacher*, in Tr. *de pignor.*, L. 1, C. 12, No. 4.

Unter *militia* wird hier ein öffentliches Amt, (Bedienung,) verſtanden, welches gewiſſe Einkünfte oder Revenüen abwarf. Es gab beym kaiſerlichen Hofe ſolche Bedienungen, die nicht nur vererbt werden konnten, ſondern welche auch gewiſſer Maſsen käuflich waren, wie ſolches z. B. von dem *Adiutor Quaeſtoris* und andern Bedienten bekannt iſt. [l]) — Die beſondere Eigenſchaft dieſer Bedienungen war ungefähr folgende. Sie erbten auf die Söhne, ja bisweilen auch wohl gar auf Fremde, welche der Bediente zu Erben ernannt hatte. Auch dann, wenn eine ſolche Vererbung nicht erlaubt war, muſste doch der ernannte Nachfolger in der Bedienung der Wittwe und den Kindern ſeines Vorgängers eine gewiſſe Summe Geldes beym Austritte zahlen, die entweder die Gewohnheit des Collegiums, (*commune militantium placitum,*) oder ausdrückliche Geſetze, (*divinae ſanctionis beneficium*,) beſtimmten. In ſo fern war alſo doch immer eine Art von Vererbung dabey, weil, obgleich die Bedienung nicht ſelbſt auf die Erben überging, ſie doch denſelben gleichſam abgekauft werden muſste. [m]) Es war auch erlaubt, dergleichen Bedienungen käuflich und gegen Erlegung einer Summe Geldes an andere zu überlaſſen. Auch wurden dergleichen Bedienungen in neuern Zeiten den Gläubigern des Bedienten ſehr ſtark verhaftet, wozu beſonders *Juſtinian* in der *L.* 27 *C. de pignor. et hypothec.* beytrug.

Daſs das an der erkauften *militia* ausdrücklich bedungene Pfandrecht ein privilegirtes ſey, ergiebt ſich aus der *Nov.* 97, *C.* 4. *Juſtinian* beſtimmt hier, wenn der Gläubiger mit deſſen Gelde eine *militia* erkauft worden, dem Brautſchatze vorgezogen werden müſſe, und wenn ſolches nicht der Fall ſey. Wozu aber dieſe Entſcheidung, wenn der Gläubiger, welcher *in emendam militiam* creditirt hatte, kein privilegirtes Pfandrecht gehabt hätte, weil ſich ſo der Vorzug des Brautſchatzes von ſelbſt ergab, und die Frage, welche hier *Juſtinian* entſchied, ſich gar nicht denken läſst? Ueber dies aber zeigt *Juſtinian* noch deutlich das privilegirte Pfandrecht des Gläubigers, welcher *in emendam militiam* creditirt hat, in folgenden Worten an: *Quia vero et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae ſunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis,*

l) Vergleiche *Alciat.* in *praetermiſſis*, II, 17. L. 1, voc. *militia.* *Laelius Taurellus* in D. *de militiis ex caſu;* in *Ev. Otto Theſ. iur. Rom.*, IV, p. 1634. *Averanius Interpret.*,

m) Siehe *Weſtphal* im *Pfandrechte*, S. 96 folg.

et oportet eos, qui in has crediderunt caufas, praeponi. etc. — Aufserdem fcheint *Juftinian* den Begriff des *Crediti in emendam militiam* noch weiter zu faffen, als er vorher war: *Sancimus*, heifst es in der mehrgedachten Novelle, *fi quis crediderit aurum occafione militiae five ftatutum fieri vel pro aliis quibusdam talibus caufis*, etc. Nach diefer Beftimmung begreift das *creditum in emendam militiam* alles unter fich, was in Beziehung auf eine zu erlangende Bedienung, (*occafione militiae*,) angeliehen worden. *Statutum fieri* bedeutet hier, wie *Weftphal* n) fehr richtig bemerkt, fo viel als: *ut ftatutus fiat*: d. h.: dafs der Erborger eine ordentliche Stelle mit Einkünften erhalte. Die Worte: *vel pro aliis quibusdam talibus caufis*, fcheinen auf die Stelle eines *Supernumerarii* oder Beanwarteten hinzudeuten, denn bey einigen Bedienungen kommen *Statuti* und *Supernumerarii* vor.

Uebrigens ift noch in Anfehung des zum Erkaufe einer Bedienung vorgeftreckten Geldes zu bemerken, dafs fich die Ausbedingung des Pfandrechts überall nur bey folchen Bedienungen verfteht, welche käuflich an andere überlaffen werden können, auch das Vorzugsrecht des Gläubigers blofs auf die Bedienung eingefchränkt ift, nicht aber auf das übrige Vermögen des Schuldners ausgedehnt werden dürfe, und endlich wegfallen müffe, wenn der Bediente zu der Zeit, da das Schuldenwefen ausbricht, die Bedienung nicht mehr bekleidete.

Was das zweyte oben bemerkte privilegirte Pfandrecht betrifft, fo läfst fich nicht mit Gewifsheit behaupten, in welcher Zeit daffelbe entftanden fey. — Dafs es indefs wirklich exiftirt, lernen wir aus der *Nov.* 97, *C.* 3. *Juftinian* fagt hier: *Novimus et antiquioribus creditoribus, aliquas hypothecas praeponere iuniores exiftentes ex privilegiis a legibus datis, quale eft quando aliquis propriis pecuniis procuraverit, — domum forfan aedificare*, und fügt nun hinzu: *in his enim omnibus priores exiftunt pofteriores creditores, quorum pecunia emta aut renovata res eft, iis qui etiam multo antiquiores funt.* — Nicht nur aus den Worten: *domum forfan aedificare*, erhellt das Vorzugsrecht des *in reftitutionem aedium* creditirten Geldes, fondern auch in dem Worte: *renovata*, ift darauf angefpielt worden, davon ganz abgefehen, dafs weiter unten der *reparata domus* ausdrücklich gedacht wird. Im

n) *L. c.*, S. 235.

Originale heiſst es: ἢ οἰκίαν τυχὸν οἰκοδομηθῆναι. So wohl in der *Vulgata* als auch von *Hombergk* iſt ſolches durch: *aut domum forſan aedificare*, überſetzt, allein die Ueberſetzung iſt falſch, und es heiſst wirklich ſo viel als: *domum restituere*. Aber geſetzt, dies wäre auch nicht der Fall, ſo erhellt doch aus dem Ganzen, daſs das *Creditum in refectionem aedium* mit unter den Poſten begriffen iſt, von welchen *Juſtinian* hier anführt, daſs ſie mit einem Vorzugsrechte verſehen ſind.

Der Sinn der *Nov.* 97, *C.* 3, iſt deutlich dieſer. Jeder, mit deſſen Gelde eine unbewegliche Sache erkauft oder wiederhergeſtellt worden, er möge deſswegen mit einem ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Pfandrechte an dieſer Sache verſehen ſeyn, hat ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern. — Der allgemeine Grund davon iſt, weil mit ſeinem Gelde der Vortheil der andern hypothekariſchen Gläubiger gefördert worden iſt, und daher nichts billiger iſt, als daſs er ihnen auch in der Befriedigung vorgezogen werde. Schon in frühern Geſetzen war dieſer Grundſatz anerkannt worden, und daher konnte *Juſtinian* wohl im Allgemeinen ſagen: *ex privilegiis a legibus datis.* — Ob nun aber gerade auch das Vorzugsrecht des *in refectionem aedium* creditirten Geldes mit unter der Verfügung der frühern Geſetze begriffen war, oder ſolches zuerſt von *Juſtinian* eingeführt wurde, iſt eine Frage, die man dahin geſtellt ſeyn laſſen muſs.

Ich habe bisher die Vorzüge der Gläubiger in der Zeitordnung, wie ſie in dem *Corpore iuris* vorkommen, angegeben. Ich will nur noch, ehe ich in dem folgenden Kapitel zu dem neu Römiſchen Verfahren in Schuldſachen ſelbſt übergehe, zu dem bisher Geſagten folgende allgemeine Bemerkungen hinzu fügen.

I. Man kann einem Gläubiger, ohne ausdrückliche Vorſchrift der Geſetze, wegen ſeiner Forderung keine Vorzüge einräumen, und iſt hier alle Analogie ausgeſchloſſen. Es iſt daher die Behauptung derjenigen falſch, welche auſser den angegebenen geſetzlichen Hypotheken noch mehrere nach dem Römiſchen Rechte annehmen, o) und ſich dabey auf die Analogie und die Gleichheit des Grundes berufen. — Eben daher läſst ſich auch das von Einigen behauptete

o) Man vergleiche *Fr. C. Harprecht vel indubie vel ſumme ſpuriorum*, Tub. 1705; Diſſ. I et II: *Trutina pignorum XX tacitorum* in *Diſſ.*, Vol. 1, No. 28, 29.

Vorzugsrecht der den Pupillen und Minderjährigen gestatteten Hypothek nicht annehmen. — Man muss ferner demjenigen Gläubiger das Vorzugsrecht absprechen, welcher ein persönliches Privilegium erhalten hatte, welcher sich aber eine Hypothek ausdrücklich hat bestellen lassen. Denn das ihm zugestandene persönliche Privilegium kann jetzt nicht auf die Hypothek übergetragen, und so ein Vorzug derselben angenommen werden; man kann auch nicht so schliessen, dass derjenige, welcher unter den persönlichen Gläubigern einen vordern Platz einnimmt, denselben gleichfalls unter den hypothekarischen Gläubigern einnehmen müsse. — Die Gesetze stehen diesen Grundsätzen ganz zur Seite. — Nach ihnen nämlich soll die mit einem *Privilegio exigendi* versehene *Respublica creditrix*, wenn sie sich eine Hypothek besonders hat bestellen lassen, nach der Zeitordnung mit andern Gläubigern classificirt werden. p) Dasselbe war auch der Fall mit der Ehefrau vor *Justinian*, wenn sie sich, da sie bloss ein *Privilegium exigendi* wegen des Brautschatzes hatte, eine Hypothek hatte bestellen lassen. — Es wurde auch *Justinian* dadurch, dass er der Ehefrau noch ein besonderes *Privilegium dotis* zu der bereits ertheilten stillschweigenden Hypothek verlieh, etwas überflüssiges gethan haben, wenn solche das persönliche Privilegium, das sie vorher schon hatte, nur geradezu bey der stillschweigenden Hypothek hätte gebrauchen können. — Dagegen aber kann man nicht mit *Runde* q) annehmen, dass derjenige, welcher ein persönliches Privilegium hatte, und sich eine Hypothek obendrein hat bestellen lassen, auf das persönliche Privilegium stillschweigend Verzicht geleistet habe. — Denn es kann 1. nicht erwiesen werden, dass das *Privilegium exigendi* mit der Hypothek nicht bestehen könne, vielmehr geht gerade das Gegentheil davon aus den Gesetzen hervor, wie wir weiter unten zu zeigen Gelegenheit haben werden. — Und dann 2. folgt daraus, dass sich der Gläubiger eine Hypothek hat bestellen lassen, noch keinesweges eine Verzichtleistung auf das *Privilegium exigendi*, da er nur dadurch nach einer grössern Sicherheit strebte, ohne darum die geringere Sicherheit aufzugeben, zumahl da ihm diese allerdings noch Nutzen gewähren

p) *L.* 8 *D. qui potior. in pign. L.* 4 *C. eod.* — Eben das wird auch in Absicht der Ehefrau durch die *L.* 2 *C. de privil. fisci* bestätigt.

q) *L. c.*, §. 60.

kann. — Ueber dies muſs bekanntlich jede Verzichtleiſtung ſtrenge erklärt werden.

II. Man kann von einem ſtärkern Privilegium auf ein ſchwächeres nicht ſchlieſsen, und annehmen, daſs derjenige, welchen die Geſetze wegen ſeiner Forderung mit einer ſtillſchweigenden Hypothek verſehen haben, auch von dem *Privilegio exigendi* ſchon von ſelbſt Gebrauch machen könne. Denn wenn gleich das *Privilegium exigendi* ein weit ſchwächeres Privilegium iſt, als die ſtillſchweigende Hypothek, und man daher wohl behaupten könnte, daſs derjenige, welchem das ſchwächere Recht verliehen worden iſt, auch befugt ſey, auf das ſtärkere Anſpruch zu machen, ſo läſst doch die Natur des *Privilegii exigendi* als einer beſondern geſetzlichen Begünſtigung eine ſolche Ausdehnung nicht zu. — Uebrigens aber iſt

III. dadurch, daſs einer Forderung, welche anfänglich mit einem perſönlichen Privilegio verſehen war, ſpäterhin ein ſtillſchweigendes Unterpfandsrecht beygelegt worden iſt, das vorher ertheilte ſchwächere Privilegium, — das *Privilegium exigendi,* — nicht aufgehoben worden. — In Ermangelung geſetzlicher Vorſchriften über dieſen Punct müſſen wir aus der Natur der Sache hier entſcheiden. In Gemäſsheit derſelben folgt aber aus der Ertheilung eines ſtärkern Privilegii noch nicht die Aufhebung des ſchwächern, zumahl da das letztere mit dem erſtern ſehr gut beſtehen kann, und auf den Fall, daſs die Erforderniſſe des erſtern nicht vorhanden ſind, noch immer ſeinen groſsen Nutzen gewährt. — Ueberall läſst ſich nicht behaupten, daſs es die Abſicht eines Geſetzgebers geweſen, durch die Ertheilung eines neuern beſſern Privilegii das vorher gehende ſchlechtere aufzuheben, wenn er ſich nicht ausdrücklich darüber erklärt hat.

IV. Wenn einem Gläubiger mehrere Privilegien wegen ſeiner Forderung geſtattet worden ſind, ſo darf man die mit den einem Privilegio verbundenen Eigenſchaften nicht auf das andere übertragen. Es iſt ſehr häufig der Fall, daſs das *Privilegium exigendi* weit eingeſchränkter iſt als die ſtillſchweigende Hypothek, wenn beyde in der Perſon Eines und eben deſſelben Gläubigers concurriren. Hier darf man das, was von der ſtillſchweigenden Hypothek verordnet worden iſt, nicht auf das perſönliche Privilegium anwenden: denn abgeſehen davon, daſs die Natur des perſönlichen Privilegii ſchon an und für ſich ſelbſt eine ſolche

Anwendung nicht zuläfst, fo hat jedes Privilegium feine befondern gefetzlichen Beftimmungen, die eben fo wie das Privilegium felbft nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden können.

V. Mehrere der oben entwickelten Privilegien find reell, d. h.: fie gehen auch auf die Erben über, und können an andere mit der Forderung felbft abgetreten werden, andere hingegen find wieder blofse perfönliche Privilegien. — Die Frage jedoch, welche Privilegien zu der einen oder der andern Gattung zu zählen find, ift um defswillen vielen Schwierigkeiten unterworfen, weil es darüber an allgemeinen gefetzlichen Beftimmungen fehlt, und folche daher gröfsten Theils nach der Analogie beantwortet werden mufs.

Im Allgemeinen kann man darüber folgende Grundfätze annehmen.

1. Alle dem Fiscus wegen feiner Forderungen zugeftandene Privilegien müffen als perfönliche angefehen werden, welche, der Regel nach, wenn auch die Forderungen an andere abgetreten werden, doch nicht auf diefe mit übergehen. — Indefs heifst das nicht fo viel, als wenn die Privilegien der fiscalifchen Forderungen mit diefen nie auf einen andern übergehen könnten, fondern es ift die gerichtliche Uebertragung derfelben vielmehr ausdrücklich in den Gefetzen nachgelaffen worden. *Si in te*, (heifst es in der *L.* 7 *C. de privil. fifci*,) *ius fifci, cum reliqua folveres debitoris, pro quo fatisfaciebas tibi, competens iudex adfcripfit, et transtulit ab his creditoribus, quibus fifcus potior habetur, res, quas eo nomine tenes, non poffunt inquietari.* Nach diefem Gefetze braucht es nicht einmahl der Uebertragung der fiscalifchen Rechte durch den Regenten, fondern der Richter ift fchon zu derfelben befugt. — Der *Iudex competens*, deffen in den Gefefetzen gedacht wird, kann kein anderer feyn als der *Iudex domicilii* des Schuldners, von welchem, um allen Unterfchleif zu verhüten, das ganze Gefchäft am beften berichtigt wird.

Da das Gefetz ganz allgemein von dem *Iure fifci* fpricht, fo darf man auch nicht unterfcheiden, ob das Recht des Fiscus eine blofs ftillfchweigende Hypothek, ein Privilegium der Hypothek, oder wohl gar nur ein *Privilegium exigendi* ift. Denn die Worte: *Ius fifci*, drucken hier im Allgemeinen alle Vorrechte fiscalifcher Forderungen aus, fie mögen Nahmen haben, welche fie wollen.

2. Wegen der den **Weibern** in Absicht ihres dem Ehemanne zugebrachten Vermögens gestatteten Privilegien muss man einen Unterschied machen, ob von dem ältern *Privilegio exigendi*, oder von der stillschweigenden Hypothek, oder endlich von dem *Privilegio hypothecae* die Rede ist. — Was zuvörderst das *Privilegium exigendi* betrifft, so soll solches, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze, nur der Ehefrau selbst, wenn sie den Brautschatz aus dem Vermögen des Mannes zurück fordert, nicht aber ihren Erben, zu Statten kommen. *Scire debes*, heisst es in der *L.* 1 *C. de privilegio dotis*, *privilegium dotis, quo mulieres utuntur, in actione de dote ad heredem non transire.* — Daraus folgt denn um so mehr, dass die Ehefrau dasselbe mit ihrer Forderung nicht auf andere übertragen kann. — Hingegen die stillschweigende Hypothek, welche wegen der Restitution des Brautschatzes so wohl als des versprochenen Brautschatzes in den Gesetzen ertheilt worden ist, und so auch die stillschweigende Hypothek wegen des übrigen eingebrachten Vermögens, gehen durchgängig auf die Erben über, und kann man daher auch annehmen, dass sie mit der Forderung selbst abgetreten, und auf einen andern übergetragen werden könne. Was endlich wieder das *Privilegium hypothecae* betrifft, so erklärt sich *Justinian* in der *L.* 12 *C. qui potiores in pignore* darüber nicht deutlich, ob solches blofs der Ehefrau, oder auch ihren Erben zu Statten kommen soll. — So viel erhellt aus dem Eingange des Gesetzes, dass das *Privilegium hypothecae*, nach dem Beyspiele des ältern *Privilegii exigendi*, eingeführt worden, und auch darnach beurtheilt werden soll. Am Ende des §. 1 dieses Gesetzes kommen folgende Worte vor: „*Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores: in praesenti autem similem eis praerogativam servamus, ne ius, quod posteriori datum est, uxori hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus.* In dem §. 29 *I. de act.*, wo *Justinian* seine neue Gesetzgebung wegen der *res uxoria* herzählt, kommen folgende Worte vor: *Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur,*

cuius ſolius providentia hoc induximus. — Dieſe beyden Geſetze ſind es aber nur allein, nach welchen die Frage: ob das den Ehefrauen geſtattete *Privilegium hypothecae* auch den Erben derſelben zu Statten kommt, entſchieden werden kann. Denn die *Nov.* 91, *C.* 1, welche man hier gleichfalls zur Entſcheidung anzuführen pflegt, enthält weiter nichts, als die Verfügung: daſs auf den Fall, wenn ein älterer Brautſchatz mit einem jüngern concurrirt, das *Privilegium hypothecae* des jüngern Brautſchatzes wegfallen und der Vorzug allein nach dem Alter beſtimmt, folglich dem ältern Brautſchatze durchgehends der Vorzug vor dem jüngern geſtattet werden ſoll. Im Grunde enthält dieſes Geſetz weiter nichts als eine Beſtätigung der *L.* 12 *C. qui potiores in pignore*, nur daſs in jenem Geſetze bloſs den Kindern erſter Ehe das *Privilegium hypothecae* des mütterlichen Brautſchatzes gegen die Stiefmutter als eine Ausnahme von der Regel eingeräumt wird, in der *Nov.* 91, *C.* 1, hingegen die Regel: *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur iure ſuo, ſed communi,* aufgeſtellt, und in Gemäſsheit derſelben angenommen wird, daſs durchgehends der ältere Brautſchatz den Vorzug habe, möge er von der Frau ſelbſt, oder ihren Kindern, oder ſonſtigen Succeſſoren gefordert werden. Durch dieſe neuere geſetzliche Verfügung iſt daher die Verfügung der *L.* 12 *C. qui potior. in pignor.* wieder aufgehoben worden.

Bey ſo bewandten Umſtänden trage ich nicht das mindeſte Bedenken, der Meinung derjenigen Rechtslehrer [r]) beyzupflichten, welche den Erben der Ehefrauen, und auch ſelbſt deren leiblichen Kindern, das *Privilegium hypothecae dotis* abſprechen. — Das Geſetz des Codex beſtimmt deutlich, daſs dieſes *Privilegium* ſich nach dem *Privilegio exigendi* richten ſoll, und eben das wird in dem Geſetze der Inſtitutionen wiederhohlt. Das Geſetz des Codex macht bloſs in dem Falle eine Ausnahme von der Regel, wenn die Kinder erſter Ehe mit der Stiefmutter in Colliſion kommen, und iſt eines Theils durch die *Nov.* 91 wieder aufgehoben worden, andern Theils aber zeigt die darin enthaltene Ausnahme mehr denn zu deutlich, daſs es in allen übrigen Fällen bey der Regel bleiben ſoll. Es ſcheint mir auch in der Conſtitu-

r) *Ant. Faber Coniect.*, VIII, 13.

tion *Justinians L.*, 12 *C. qui potiores in pignore* vor den Worten: *Exceptis* etc., etwas zu fehlen, weil diese Worte mit den vorher gehenden nicht in der gehörigen Verbindung stehen. — Es sey indess dem wie ihm wolle, so ist so viel ausgemacht, dass sich der Concipient dieses Gesetzes dabey die Regel dachte, und durch die gemachte Ausnahme solche noch mehr bestätigte, und in dem Gesetze der Institutionen bestimmt erklärt worden ist, dass nur die Ehefrau selbst von dem *Privilegio hypothecae* soll Gebrauch machen können. — Können also nicht einmahl die Kinder der Ehefrau sich des *Privilegii hypothecae dotis* bedienen, so kann dasselbe um so weniger von ihr mit der Forderung des Brautschatzes abgetreten und auf einen andern übergetragen werden.

3. Die den Pupillen und Minderjährigen verliehenen Privilegien können nicht nach einerley Grundsätzen beurtheilt werden. — Was das ihnen verliehene *Privilegium exigendi* betrifft, so geht solches, nach deutlicher Vorschrift der Gesetze, [s]) nicht auf die Erben über; da hingegen die ihnen von *Constantin* ertheilte Hypothek allerdings des Ueberganges auf die Erben fähig ist. — Man kann indess darum doch nicht behaupten, dass eine Abtretung dieser Hypothek und Uebertragung derselben zugleich mit der Forderung auf einen andern erlaubt sey, da die Hypothek nur den Pupillen als solchen aus besonderer Begünstigung der Gesetze ertheilt worden ist, und davon allein, dass sie auch den Erben bewilligt worden, noch nicht der Schluss gemacht werden kann, dass sie auch auf einen andern übergetragen werden könne. — Man kann auch hier die Analogie von der dem Brautschatze verliehenen Hypothek darum nicht zu Hülfe nehmen, weil dort der *Res uxoria* als solcher die Hypothek verliehen war, und man überall bey dem Brautschatze die Uebertragung des *Privilegii hypothecae* auf einen andern unbedenklich würde annehmen können, wenn die Gesetze solche nicht ausdrücklich untersagt hätten. Hier aber ist die Hypothek dem Pupillen als Pupillen wegen seiner Forderung hauptsächlich ertheilt worden.

4. Alle übrige oben ausführlich angegebene Privilegien der einzelnen Forderungen muss man für reell halten, als z. B. das Privilegium der Leichenko-

s) Vergl. die oben, S. 217, angeführten Gesetze.

ſten, die Privilegien derjenigen, welche zur Erwerbung und Wiederherſtellung einer Sache creditirt haben, u. ſ. f. — Sie ſind durchgehends den Forderungen als ſolchen verliehen worden, und gehen daher nicht nur auf die Erben über, ſondern können auch mit der Forderung ſelbſt auf andere übergetragen werden. — Selbſt bey dem *Privilegio exigendi* der *Respublica creditrix* würde ich eine ſolche Uebertragung annehmen. Denn in den Geſetzen iſt das *Privilegium exigendi* auf einen von der *Respublica creditrix* ſelbſt zu machenden Gebrauch nicht ausdrücklich eingeſchränkt worden, und aus der Natur dieſes Privilegiums folgt gleichfalls nicht, daſs es nicht auf andere übergetragen werden könne, auch paſſen die von dem Fiscus oben angenommenen Grundſätze auf die *Respublica creditrix* nicht.

So viel über die Vorzüge der Forderungen nach den Grundſätzen des Römiſchen Rechts. Ich werde weiter unten zeigen, welche Veränderungen ſich mit dieſen Lehrſätzen bey uns zugetragen haben. Hier war es bloſs meine Abſicht, dieſe Lehre ganz im Geiſte des Römiſchen Rechts zu entwickeln.

NEUNTES KAPITEL.

Verfahren in Schuldſachen nach dem neuern Römiſchen und Juſtinianeiſchen Rechte.

Ich gehe gegenwärtig zu der ſchwierigſten Materie in dieſem ganzen Buche, — zu dem Verfahren in Schuldſachen nach dem neuern und Römiſch - Juſtinianeiſchen Rechte, — über. — In der Juſtinianeiſchen Geſetzgebung kommt bekanntlich darüber nichts vollſtändiges vor, ſondern es finden ſich darin lediglich Bruchſtücke, die man zuſammen ſtellen und durch Schlüſſe mit einander verbinden muſs. — Theophilus [t]) ſchildert uns zwar, wie ich oben gezeigt habe, das alte Schuldverfahren ziemlich genau, bricht aber, wie er auf ſein Zeitalter kommt, ganz kurz ab, in den Worten: *hodie autem, quum Iudicia ſint extraordinaria, atque omni tempore exerceantur, conſequenter*

t) *Paraphraſ. Graec. Inſt.*, (ed. *Reitz.*,) I, pag. 609.

bonorum venditiones non ſunt in uſu. Et ſi quis reperiatur multis debens, officio iudicis creditoribus facultas datur in poſſeſſionem bonorum communis debitoris venire eaque disponere quemadmodum ſibi conducere cognoverint. Haec autem licet ex latiore Digeſtorum editione perfectius noſcere. — Es iſt offenbar, daſs *Theophilus* hier die Titel der Pandecten: *quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur*, und: *de rebus auctoritate iudicis poſſidendis*, (XLII, 4 und 5,) vor Augen hatte, und auf dieſe vorzüglich verweiſen wollte. — Ueberall enthält das 42ſte Buch der Pandecten eine Folge von Titeln, die ſämmtlich auf das neuere Römiſche Schuldverfahren ſich beziehen, und mit welchen die Geſetzgebung in dem Codex und den Novellen verbunden werden muſs.

Die Hauptſache bey dem neuern Römiſchen Verfahren in Schuldſachen iſt die *Miſſio in poſſeſſionem*. In dem Titel der Pandecten: *quibus ex cauſ. in poſſ. eat.*, kommt zwar die wichtigſte *cauſa*, weſshalb jemand in den Beſitz des Vermögens eines andern geſetzt werden kann, — die wegen Schulden, — nur beyläufig vor, man wollte denn annehmen, daſs ſie in der in *L.* 1 *D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* genannten *Immiſſio rei ſervandae cauſa* ſchon mit begriffen ſey. Dies thut indeſs nichts zur Sache, da wir von dem *Theophilus* und aus mehrern Stellen der Pandecten in dem 4ten und den folgenden Titeln des 42ſten Buchs der Pandecten wiſſen, daſs die Einſetzung der Gläubiger in den Beſitz auch Schulden halber, — und vorzüglich verfügt werden konnte. Die *L.* 1 *D. quib. ex cauſ.*, worin es heiſst: *Tres fere cauſae ſunt, ex quibus in poſſeſſionem mitti ſolet, rei ſervandae cauſa item legatorum ſervandorum gratia et ventris nomine*, kann keinen befremden, der mit der hirnloſen Manier der Compilatoren der Pandecten bekannt iſt. Auch zeigt das Wort: *fere*, ſchon hinlänglich an, daſs es noch mehrere *Miſſiones in univerſa bona*, wie ſich die Römiſchen Juriſten ausdrucken, giebt, ſo wie auch die ganze Stelle zeigt, daſs *Ulpian*, aus deſſen *Libr. XII. ad Edictum* ſie genommen iſt, hier vorzüglich das ältere Recht vor Augen hatte. [u])

Seitdem das Vermögen des Schuldners abgeſondert von ſeiner Perſon den Gläubigern verhaftet war, konnten mehrere, ſo wie einer, wenn der Schuldner war verurtheilt worden und keine Zahlung leiſten konnte, oder gar flüchtig ge-

u) Vergleiche über dieſes Geſetz *Hoffmann Diſſ.*, XXIX.

worden war, darauf antragen, in den Besitz des schuldnerischen Vermögens eingesetzt zu werden. — Ein solcher Antrag konnte jedoch auf allen Fall nur alsdann geschehen, wenn der Schuldner entweder die Schuld zugestanden hatte, oder derselben sonst war überführt worden, oder, wenn er flüchtig geworden war, die Gläubiger ihre Forderungen gehörig bewahrheitet hatten. — War der Schuldner selbst noch da, oder wurde von einem andern vertreten, so ging eine förmliche Erörterung der Schuldsachen voraus, und wurden dem verurtheilten Schuldner zuvörderst die gesetzmäfsigen Fristen verstattet, ehe man gegen denselben zur Execution schritt, und ehe überall von der Einsetzung in den Besitz seines Vermögens die Rede seyn konnte. Ueberall durfte die *immissio in universa bona*, der Schulden halber, welche sich von der Einsetzung in den Besitz eines Pfandstücks oder einer einzelnen unbeweglichen Sache, um sich wegen des Capitals und der Zinsen daraus zu befriedigen, sehr unterschied, nur in folgenden Fällen geschehen:

I. Wenn ein einzelner Gläubiger vorhanden war, und der Schuldner schon mit Hinsicht auf dessen Forderung sich für insolvent erklärte oder sonst insolvent befunden wurde.

II. Wenn mehrere Gläubiger da waren, gegen deren Forderungen sich der Schuldner in einer gleichen Lage befand.

In dem letztern Falle war es nicht nöthig, jeden einzelnen Gläubiger in den Besitz des schuldnerischen Vermögens zu setzen, sondern es war eine allgemeine *Missio* schon hinlänglich. Im erstern Falle betraf nach der Natur der Sache die *Missio* nur den auf seine Bezahlung andringenden Gläubiger, und musten die Gläubiger, welche sich in der Folge meldeten, noch besonders immittirt werden. Doch kam ihnen die *Missio* des ersten Gläubigers auch schon zu Gute, und brauchte solche nur auf sie ausgedehnt zu werden, so wie sie auch den Wirkungen nach schon von selbst auf sie ausgedehnt war. Hierauf geht die *L.* 12 *D. de reb. auct. iud. poss.*, worin es heisst: *Cum unus ex creditoribus postulat, in bona debitoris se mitti: quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest, an cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum praetor permiserit non tam personae solius petentis quam creditoribus et in rem permissum videri: quod et Labeo putat.* Denn

dafs sie auf andere Gattungen der *missio* nicht gehen kann, ergiebt sich aus der Natur der Sache. v)

Wie wollen die *Missio* als das Hauptstück bey dem neuern Römischen Verfahren in Schuldsachen hier noch umständlicher beleuchten. Sie war

I. überall nur alsdann nöthig, wenn der Schuldner nicht selbst sein Vermögen seinen Gläubigern angeboten, oder die *Cessio bonorum* ergriffen hate. Man kann sich das Verhältnifs des ältern und neuern Römischen Schuldverfahrens zu einander am besten auf diese Art denken. — Eigentlich hätten, nach dem, was ich oben, S. 120 u. folg., über das Petillische Gesetz und die *Cessio bonorum* gesagt habe, die Gläubiger nur durch die Person des Schuldners an dessen Vermögen kommen können, wenn nicht der Schuldner ihnen durch Ergreifung der *Cessio bonorum* zuvor kam, und ihnen dadurch unmittelbar den Weg zu seinem Vermögen öffnete. — Allein, so wie man nach dem ältern Rechte schon dem Richter erlaubt hatte, den Schuldner mit Mortification seiner Person von seinem Vermögen abzusondern, so erlaubte man solches demselben jetzt, ohne dafs man eine solche Mortification für nöthig hielt, ohne übrigens das mittelbare Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners zu vernichten. — Es kamen daher folgende verschiedene Fälle des Schuldverfahrens in Betrachtung. 1. Die Gläubiger gingen auf die Person des Schuldners mit ihren Anträgen los. Hier erfolgte der Personal-Arrest, von welchem ich oben ausführlicher gesprochen habe; weil aber das Petillische Gesetz nach einer hergebrachten Erklärung das unmittelbare Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners in ein mittelbares umgeschaffen hatte, so konnte der Personal-Arrest

v) Vergleiche über dieses Gesetz *Maran.* in *Oper.*, 512. *Faber Err. pragmat.*, II, 68. *Grönewegen de legib. abrogat.*, 311. — Dafs bey der Manier, in welcher man bisher die Lehre vom Schuldenwesen behandelte, dieses Gesetz habe verschieden erklärt und verstanden werden müssen, folgt ohne meine Erinnerung von selbst. Ich halte es aber um so weniger der Mühe werth, mich mit diesen verschiedenen Erklärungsarten zu befassen, da der richtige Sinn aus der Verbindung, worin ich die Sache vorgetragen habe, hinlänglich hervor geht. — Ueberall ist der wichtige Titel der Pandecten: *de reb. auct. iud. poss.*, bisher von den Rechtslehrern, die über das Schuldenwesen geschrieben haben, und auch selbst von mir bey der ersten Ausgabe dieses Buchs, sehr vernachläfsigt worden.

nur ſo lange dauern, bis der Schuldner ſich auf die *Ceſſio bonorum* berufen hatte, und zu derſelben gelaſſen worden war, oder auch der Richter den Schuldner von ſeinem Vermögen abgeſondert, und die Gläubiger in den Beſitz derſelben eingeſetzt hatte, wenn nicht etwa aus beſondern Gründen die Einſperrung des Schuldners noch länger für nöthig erachtet wurde, indem die oben entwickelte *Ceſſio bonorum* nicht bloſs eine Losſagung vom Eigenthume in ſich begriff, ſondern auch den Zweck hatte, ſich von dem Perſonal-Arreſte zu befreyen, und, wie ich dort gezeigt habe, noch in einer neuern kaiſerlichen Conſtitution dieſer Zweck ausdrücklich gerühmt wird. — Es konnten aber auch 2. die Gläubiger mit gänzlicher Vernachläſſigung der Perſon des Schuldners jetzt, nach einer hergebrachten mildern Erklärung der Geſetze, auf Einſetzung in den Beſitz des ſchuldneriſchen Vermögens antragen; und dies war der gewöhnliche Fall. Man ſah gegenwärtig den Perſonal-Arreſt des Schuldners, da man doch nur eigentlich ein Recht an deſſen Gütern hatte, als eine unnütze und ganz überflüſſige Förmlichkeit an, die über dies den Gläubigern nur Koſten verurſachte, weil ſie den Schuldner noch immer während ſeiner Gefangenſchaft erhalten muſsten, und vernachläſſigte ſie um ſo mehr, als der Richter auch ohne dies den Schuldner von ſeinem Eigenthume abſondern konnte. — So geſchah es, daſs das Schuldverfahren faſt allgemein mit der Einſetzung der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners, oder vielmehr mit dem Antrage der Gläubiger auf dieſe Einſetzung anfing. — Daſs auch alsdann noch, wenn dieſe Einſetzung erfolgt war, der Schuldner zu dem *Beneficio ceſſionis bonorum* ſeine Zuflucht nehmen konnte, iſt um ſo weniger einem Zweifel unterworfen, als die *Ceſſio bonorum*, wenn gleich jetzt der Hauptvortheil derſelben, die Befreyung vom Perſonal-Arreſte, meiſten Theils wegfiel, weil man den Perſonal-Arreſt mehrentheils ganz vernachläſſigte, doch noch mehrere andere Vortheile gewährte, die dem Schuldner gar ſehr zu Statten kamen. Endlich 3. konnte auch der Schuldner, ehe noch ſeine Gläubiger auf die Einſetzung in ſein Vermögen angetragen hatten, ſich zur freywilligen Abtretung deſſelben bereit erklären. In dieſem Falle bedurfte es eben ſo wenig einer richterlichen Einſetzung in den Beſitz, als bey den Römern keine gerichtliche Immiſſion nöthig war, wenn jemand auſser dem Falle des Schuldenwe-

fens fein fämmtliches Vermögen auf einen andern unter den Lebendigen übertragen wollte. Der Schuldner hatte fich felbft von feinem Eigenthume freywillig abgefondert, und folches auf feine Gläubiger übergetragen, folglich konnten auch diefe daffelbe nur geradehin in Befitz nehmen.

II. Die Einfetzung der Gläubiger in den Befitz des fchuldnerifchen Vermögens war zwar meiften Theils und in der Regel mit der wirklichen Befitznehmung des fchuldnerifchen Vermögens verbunden; es konnten jedoch auch Fälle fich ereignen, in welchen es bey der blofsen Einfetzung in den Befitz verblieb. — Dies Letztere war der Fall, wenn das Vermögen des Schuldners entweder den körperlichen Befitz nicht zuliefs, oder auch nichts vorhanden war, was die Gläubiger hätten in Befitz nehmen können. Alsdann aber hatte die blofse Einfetzung doch immer die Kraft des wirklichen Befitzes, fo dafs die Gläubiger, was irgend dem Schuldner für die Zukunft anheim fiel, fogleich in Befitz nehmen konnten, fo wie fie auch zur Ergreifung des Befitzes fofort berechtigt waren, wenn das bisher des Befitzes unfähige Vermögen des Schuldners in der Folge in den Zuftand kam, dafs es des Befitzes fähig wurde. [w])

III. Die gegenwärtige Immiffion unterfchied fich von andern Immiffionen nicht fo wohl in der Form als in der Materie. Denn fie gefchah der Schulden halber, und zwar in das gefammte Vermögen des Schuldners, fo wohl des gegenwärtigen als zukünftigen, fo dafs, wenn dem Schuldner in der Folge noch etwas anheim fiel, keine neue *Miffio* nöthig war. Es war daher gleichfam in diefer *Immiffio* eine *Adiudicatio* begriffen, — zwar noch nicht eine endliche, doch aber eine vorläufige *Adiudicatio*, welche hier das gefammte Vermögen des Schuldners, (*univerfum ius debitoris*,) zum Gegenftande hatte.

IV. Die Einfetzung in den Befitz konnte nur in Anfehung folcher Güter des Schuldners ertheilt werden, an welche die Gläubiger überall kommen konnten, d. h.: an folche, worauf nur die von dem Schuldner contrahirten Verbindlichkeiten fallen konnten. — In der *L.* 38 *D. de reb. auct. iud. poff.*

w) Hierher gehört *L.* 12, §. 2 und *L.* 13 *D. de reb. auct. iud. poffid.*, wo das letztere Gefetz ergänzt, was das erftere unbeftimmt läfst.

heiſst es zwar: *Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales.* — Das war indeſs eine Ausnahme, welche in einer beſondern geſetzlichen Begünſtigung ihren Grund hatte. — Uebrigens kann man annehmen, daſs Alles, was ſich in dem Vermögen des Schuldners befand, und worüber derſelbe frey disponiren konnte, auch für ſeine Verbindlichkeiten haftete, und dem zu Folge darein ſeine Gläubiger eingeſetzt werden konnten. — In der *L.* 8 *D. de reb. auct. iud. poſſ.* ſagt ſogar *Ulpian*: *In venditionem bonorum etiam uſusfructus venit, quia appellatione domini uſufructuarius quoque continetur.* Es ergiebt indeſs die Natur der Sache, daſs hier nur von einem ſolchen *Uſusfructus* die Rede iſt, welchen der Schuldner für ſich und ſeine Erben auſser der Regel erworben hat, man wollte denn annehmen, daſs ſich *Ulpian* durch die *Appellatio domini* irre führen laſſen, und die allerdings auch in Anſehung des regelmäſsigen Nieſsbrauchs Statt findende Immiſſion mit dem Extreme des Schuldverfahrens, — der *Venditio bonorum*, — verwechſelt habe. x) — Wenn wir ſo das, was *Ulpian* in dem angeführten Geſetze ſagt, modificiren, — und dieſe Modification iſt andern Geſetzen vollkommen gemäſs, — ſo laſſen ſich folgende Grundſätze annehmen: 1. Alle in dem vollkommenen Eigenthume des Schuldners ſtehende körperliche Sachen hafteten für ſeine Verbindlichkeiten, und konnte daher auch den Gläubigern die *Miſſio* in dieſelben ertheilt werden, in ſo fern nicht durch beſondere Begünſtigung der Geſetze das eine oder das andere Stück ausgenommen war. Eben das galt 2. von den Sachen, woran der Schuldner ein *Condominium* hatte, jedoch nur für ſeinen Antheil an dem *Condominio*, ingleichen von den Sachen, woran ihm ein *Dominium utile* oder andere eigenthümliche Rechte zuſtanden, in ſo fern ſolche veräuſsert werden konnten. Indeſs konnte doch auch auf den entgegen geſetzten Fall in ſolche Sachen die *Miſſio* zu dem Ende geſchehen, um ſich die Früchte von dieſen Sachen zuzueignen und ſich daraus bezahlt zu machen, wenn gleich die Gläubiger dadurch nicht befugt wurden, die Sachen oder die Rechte des Schuldners an dieſen Sachen ſelbſt zu veräuſsern. 3. Was

x) Man kann hier noch *Galvan. de uſufr.*, 339 und 951, *Hoffmann Diſſ.*, XXIX, und *Fabri Coniect.*, 23, vergleichen.

von den im Eigenthume des Schuldners ſtehenden Sachen galt, das galt auch von den Rechten deſſelben, in ſo fern ſolche den Gläubigern nützlich ſeyn konnten. — Bloſs perſönliche Rechte des Schuldners indeſs konnten nicht dergeſtalt für ſeine Verbindlichkeiten haften, daſs man ſie bey der *Venditio bonorum* mit hätte zur Veräuſserung bringen können, ſondern die Gläubiger muſsten hier bloſs mit *Immiſſio fructus capiendi cauſa* zufrieden ſeyn. — Die Stelle aus dem *Ulpian*, welche ich oben angeführt habe, ſteht hier nicht entgegen, da ſie mit der übrigen Römiſchen Rechtstheorie nicht zuſammen hängt. — Das *Ius uſufructuarium* eines Schuldners war nach dieſen Grundſätzen zwar der *Immiſſio*, aber nicht der *Venditio bonorum* unterworfen, und auch dieſes nicht einmahl durchgehends. — Denn die Ehefrau, welche ihren Brautſchatz nur bedingter Weiſe dem Manne zum Nieſsbrauche überlaſſen hatte, konnte jetzt, da der Mann nicht mehr im Stande war, die Bedingung zu erfüllen, denſelben zurück fordern, und ſo den Gläubigern die aus der Immiſſion gehofften Vortheile in Abſicht des Brautſchatzes entziehen. — Da überall das Vermögen eines Römers nicht ſo verſchieden war, als das Vermögen eines Deutſchen Staatsbürgers heutiges Tages iſt, ſo reichen die bisher vorgetragenen Grundſätze völlig zu, ſo wohl um die Frage zu beantworten, welche Güter des Schuldners für ſeine Schulden haften, als die Frage, in welche die Miſſion geſchehen konnte.

V. Die Immiſſion ertheilte den Gläubigern das Recht, in Abſicht des Vermögens des Schuldners an deſſen Stelle zu treten, und darüber zu ihrem Beſten zu verfügen. — Sie konnten nicht nur ſich die Früchte von den Gütern des Schuldners zueignen, ſondern auch dieſe Güter ſelbſt veräuſsern. Rechtsgültige Verträge, die der Schuldner zuvor abgeſchloſſen hatte, durften ſie indeſs nicht vernichten. Es kommt hier die merkwürdige *L.* 8, §. 1 *ſeq. D. de reb. auct. iud. poſſ.* in Betrachtung, die bey jeder Immiſſion eines einzelnen Gläubigers, welche *iudicati exequendi cauſa* geſchah, gleichfalls, hier aber vorzüglich anwendbar iſt. Es heiſst hier: *Si quis fructus ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in poſſeſſionem praedii miſſus eſt, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, ſi ante neque venierit, neque locatus erit: nam ſi iam a debitore vel locatus erat vel venierat, ſervabit Praetor venditionem et locationem a de-*

bitore factam, etſi minoris distractum ſit vel locatum; niſi in fraudem creditorum hoc fiat etc. — Nach dieſem Geſetze müſſen die Gläubiger Alles, was der Schuldner zu Recht beſtändig über ſein Vermögen vor geſchehener *Immiſſio* verfügt hat, gelten laſſen, und dürfen ſolches nur in dem einzigen Falle anfechten, wenn der Schuldner dabey die Abſicht gehabt hat, die Gläubiger zu verletzen, wovon ich weiter unten ausführlicher reden werde. y)

VI. Da die Gläubiger durch die Immiſſion an die Stelle des Schuldners traten, und an ſeiner Statt über ſein Vermögen zu disponiren die Befugniſs erhielten, ſo war es natürlich, daſs der Schuldner dieſe Befugniſs, in ſo fern ſie den Gläubigern nachtheilig war, verlieren muſste. Uebrigens wurden durch die *Immiſſio* die Rechte der Gläubiger nicht verändert, ſondern nur in ſo fern gleich gemacht, daſs niemand ohne Bewilligung des andern ſich ſeine Befriedigung aus der Gütermaſſe nehmen konnte. — Dieſe allgemeine *Miſſio* verſchlang daher alle frühere beſondere *Miſſiones*, in ſo fern dieſe auf die Befriedigung des Gläubigers abzweckten, wenn ſie gleich die Rechte und Vorzüge, welche die beſondern Immiſſionen ertheilt hatten, z) nicht aufhob und auch nicht aufheben konnte.

Es ſcheint zwar dieſe letztere Behauptung darum ſehr gewagt zu ſeyn, weil es an Geſetzen fehlt, wodurch ſie geradehin beſtätigt wird. — Allein ſie flieſst ſchon aus der Natur der Sache, und über dies ſind Geſetzſtellen da, aus welchen ſie mit Hülfe der Analogie erwieſen werden kann. Denn wenn gleich die bei Entſtehung eines Schuldenweſens einem Gläubiger ertheilte Immiſſion, wie ich oben gezeigt habe, ſich auch mit auf die übrigen erſtreckte, und dieſe keine beſondere Immiſſion nöthig hatten, ſondern an den Wirkungen der einem Gläubiger ertheilten Immiſſion Antheil nahmen, ſo leidet es wohl keinen Zweifel, daſs, wegen Gleichheit des Grundes, die allgemeine *Miſſio* jede vorher gehende beſondere verſchlingen muſs. Was war nämlich der Grund jenes ſo eben gedachten Rechtsſatzes? Kein anderer, als der,

y) Ich trage hier den Inhalt des Geſetzes nur ganz einfach vor, ohne weiter aus demſelben zu ſchlieſsen; die Schlüſſe, welche man heutiges Tages daraus ableitet, kommen weiter unten bey der Concurs-Lehre vor.

z) Z. B. das Pfandrecht, welches durch die prätoriſche Immiſſion gewirkt wurde.

dafs, da jetzt durch den Eintritt des Schuldenwesens die Rechte der Gläubiger in Absicht der Art der Befriedigung gleich geworden waren, niemanden die besondere *Missio* weiter zu Statten kommen sollte, und der nämliche Grund mufs auch in Absicht jeder vor Entstehung des Schuldenwesens ertheilten besondern *Missio* angenommen werden.

So viel im Allgemeinen über die *Missio in bona debitoris*. Da sie in Absicht der Förmlichkeiten mit andern Immissionen alles gemein hatte, so finde ich nicht nöthig, mich darüber noch ausführlicher zu erklären. Ich gehe daher zu den übrigen Stücken des neu-Römischen Schuldverfahrens über.

Mochte der Schuldner sein Vermögen den Gläubigern abgetreten haben, oder waren diese kraft der Immission Besitzer desselben geworden, — in beyden Fällen stand es den Gläubigern nicht frey, nach Willkühr über das verschuldete Vermögen zu verfügen. Sie waren in Absicht der Disposition durch den Richter eingeschränkt, konnten nur mit dessen Bewilligung darüber verfügen und dasselbe unter sich vertheilen. a) Bey der *Cessio bonorum* war alle eigenmächtige und Privat-Verfügung über das Vermögen des Schuldners den Gläubigern untersagt, und was hier Rechtens war, fand auch da Statt, wo die Gläubiger durch die Immission Besitzer des schuldnerischen Vermögens geworden waren. — Ueberall kann man den Satz vertheidigen, dafs die Rechte der *Cessio* und *Immissio* völlig gleich waren, in so fern von der Befugnifs der Gläubiger an dem schuldnerischen Vermögen die Rede ist. Nur das, was die *Cessio bonorum* als Rechtswohlthat eignes hat, darf auf die *Immissio* nicht ausgedehnt werden. Dahin gehört z. B., dafs die Gläubiger sich nicht sofort wieder dasjenige zueignen können, was der Schuldner nach geschehener Güterabtretung erworben hat. b) — Dafs, hiervon abgesehen, die Rechte der *Cessio* und *Immissio* einander völlig gleich sind, zeigt noch insbesondere *L.* 14, §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* in einem Verhältnisse, das, wie ich oben gezeigt habe, durch die *Cessio bonorum*, und hier auch durch die *Immissio*, gewirkt wird. So wie 1. durch die *Cessio* das gesammte

a) *L.* 4 *C. qui bon. ced. poss.*

b) Unstreitig hörten jedoch die Wirkungen der *Missio* auf, so bald das Vermögen des Schuldners verkauft und unter die Gläubiger war vertheilt worden, wenn es gleich keinem Zweifel unterworfen ist, dafs die Gläubiger sich durch eine neue *Missio* dasjenige wieder zueignen konnten, was nach geschehener Gütervertheilung von dem Schuldner war erworben worden.

Vermögen des Schuldners auf die Gläubiger überging, so geschah eben dies hier durch die *Immissio*. — Und so wie 2. dort die Gläubiger als Verwalter fremder Sachen zu ihrem Nutzen angesehen wurden, so wird ihnen eine gleiche Eigenschaft hier bey der *Immissio* zu Theil. Endlich 3. können auch bey der *Cessio bonorum* die Gläubiger nicht eigenmächtig über das abgetretene schuldnerische Vermögen verfügen, und gleicher Gestalt ist ihnen auch die eigenmächtige Disposition bey der Immission untersagt.

Das abgetretene oder durch die Immission den Gläubigern überlassene schuldnerische Vermögen bedurfte einer Aufsicht und Verwaltung. — Unter Zuziehung des Richters konnte diese einer, auch mehrern Personen aus der Mitte der Gläubiger übertragen werden. Nur keiner konnte für sich und ohne Einwilligung seiner Mitgläubiger sich einer Verfügung darüber anmaſsen. Diese durch die Mehrheit der Stimmen von den Gläubigern zur Aufsicht und Verwaltung des schuldnerischen Vermögens bestellte, oder auf den Fall, daſs sich die Gläubiger darüber nicht vereinigen konnten, von dem Richter zu diesem Ende ernannte Person ist nun der *Curator bonorum*, von welchem der Titel der Pandecten: *de Curatore bonis dando*, vorzüglich spricht. Ihm lag das Geschäft der Rechnungsführung in Absicht des ganzen schuldnerischen Vermögens ob. c) — Er hatte ferner die Aufsicht darüber, damit nichts davon verloren gehen, auch das allenfalls noch Fehlende herbey geschafft werden möchte. Und endlich stand ihm auch die Verwaltung des schuldnerischen Vermögens zu. d) — Da der *Curator bonorum* die Gläubiger und auch zugleich den Schuldner vorstellte, so war es natürlich, daſs er im Nahmen beyder klagen und auch aus den Verbindlichkeiten beyder gegen ihn geklagt werden konnte.

Unstreitig hatte der *Curator bonorum* auch, wie der ehemahlige *Magister*, das Geschäft des Güterverkaufes. — Zur Veräuſserung des verschuldeten Vermögens konnte er jedoch nur mit Wissen und Willen der Gläubiger und nach vorgängiger von dem Richter dazu ertheilter Erlaubniſs schreiten, so wie es überall ihm nur erlaubt war, die Güter einzeln zu verkaufen, — nicht mehr, wie

c) *L. 15 D. de reb. auct. iud. poss.:* Cum plures creditores in possessionem rerum debitoris mittantur, nec corrumpantur rationes uni, hoc negotium creditoribus esse dandum etc.

d) *L. 2 D. de curat. bon. dando.*

ehedem, auf einen überzutragen, wie ich weiter unten noch ausführlicher zeigen werde.

Das neuere Römische Schuldverfahren zeichnet sich vor dem ältern vorzüglich auf zwiefache Art aus: 1. durch die grösere Concurrenz des Richters; 2. durch die; vorzüglich zum Besten des Schuldners, getroffenen Anordnungen in Absicht der Veräusserung des schuldnerischen Vermögens, und in der Art, wie die Befriedigung der Gläubiger aus diesem Vermögen geschah. Jedes neu-Römische Schuldverfahren nahm

I. mit der *Cessio* oder *Immissio* seinen Anfang. Im letztern Falle concurrirte der Richter dabey gleich von Anfang an, weil er ja die *Missio* ertheilen musste; im erstern Falle hingegen trat seine Concurrenz gewöhnlich erst nach geschehener Güterabtretung ein, wenn der Schuldner sich nicht zur *Cessio bonorum* gerichtlich bereit erklärt hatte. — Der concurrirende Richter war der *Prätor*, und wenn sich das Schuldenwesen in der Provinz ereignete, der *Praeses provinciae*, — späterhin der *Iudex domicilii* des Schuldners. [e]) Auf die *Cessio* oder *Immissio* folgte

II. die Bestellung des *Curatoris bonorum*. Eigentlich war dabey der Richter an die Einwilligung der Gläubiger gebunden, [f]) und durfte keine andere als die von den Gläubigern in Vorschlag gebrachte Person zum *Curator bonorum* ernennen. — Nur dann, wenn sich die Gläubiger über das zu erwählende Subject nicht vereinigen konnten, trat er an ihre Stelle und konnte zum *Curator bonorum* erwählen, wen er wollte. [g])

e) *L. cit. pr.:* — — ut praetor adeatur — — — vel praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt etc. — — *L.* 1 und 2 *D. de reb. auct. iud. possid.*

f) *L.* 15 *D. pr. de reb. auct. iud. possid.* in den Worten: *quem maior pars creditorum elegerit. L.* 2 *D. pr. de curat. bon. dando.*

g) Der Regel nach war immer einer von den Gläubigern *Curator bonorum*. Er brauchte es jedoch nicht nothwendig zu seyn, sondern die Gläubiger konnten auch eine ganz fremde Person dazu ernennen. Ob der Richter, wenn sich die Gläubiger über die Person des *Curatoris* nicht vereinigen konnten, und daher die Bestellung eines *Curatoris* an ihn fiel, bey derselben an die Personen der Gläubiger gebunden war, oder auch eine ganz fremde Person zum *Curator* bestellen konnte, scheint darum nicht ganz ausgemacht zu seyn, weil sich von den Befugnissen der Gläubiger auf die Befugniss des Richters hier nicht schliessen läst. Indess glaube ich doch, dass der Richter freye Hand gehabt habe. Denn erlaubte

Ob die Einleitung des Nachlaſsvertrages auch mit zu den richterlichen Geſchäften bey den Römern gehörte, werde ich in der Folge unterſuchen, wenn ich auf dieſe Materie komme. Ich glaube es nicht, und laſſe daher auch ſolche hier aus der Reihe der Handlungen weg, bey welchen der Richter concurrirte.

Nach geſchehener Beſtellung des *Curatoris bonorum* concurrirte der Richter

III. bey dem Schuldenweſen bis zur Veräuſserung des verſchuldeten Vermögens in ſo fern, daſs er die Aufſicht darüber führte, daſs weder zum Nachtheile des Schuldners noch der Gläubiger etwas geſchah. — Um das Beſte des Schuldners ſcheint ſich der Richter bey den Römern nicht ſo viel bekümmert zu haben, mehr um das Beſte der Gläubiger, und beſonders kam das Beſte des Schuldners, wenn dieſer entflohen war oder ſein Vermögen den Gläubigern abgetreten hatte, weiter gar nicht in Betrachtung.

Fing das Schuldenweſen mit der *Immiſſio* an, — und zuweilen auch bey der *Ceſſio bonorum,* — ſo gehörte die Berichtigung der Forderungen einzelner Gläubiger und ihre Priorität auch unſtreitig mit zu den richterlichen Geſchäften. — Aber das Verfahren dabey gehört zu den Acten des Römiſchen Prozeſſes, welche wir nicht kennen.

Es ſcheint ganz von dem Gutbefinden der Gläubiger abgehangen zu haben, wie lange ſie das Vermögen des Schuldners, das dieſer ihnen entweder abgetreten hatte, oder ihnen durch die Immiſſion zu Theil geworden war, unveräuſsert laſſen wollten. Wenn aber

IV. zur Veräuſserung geſchritten werden ſollte, ſo muſste auch dabey die Obrigkeit zugezogen werden. Sie concurrirte hier in ſo fern, daſs ſie die Erlaubniſs zur Veräuſserung ertheilte, und dahin ſah, daſs das Vermögen des Schuldners nicht verſchleudert wurde. — Die Veräuſserung ſelbſt beſorgte der *Curator bonorum.* Ob ſolche auf die gewöhnliche Art, oder durch die Dazwiſchenkunſt einer öffentlichen Feilbietung geſchah, erhel-

man dem Prätor, bey Beſtellung der Vormünder die geſetzlichen Vormünder zu übergehen; ſo wird man ihm gewiſs hier um ſo eher das Recht zugeſtanden haben, mit Vernachläſſigung der Perſonen der Gläubiger eine fremde Perſon zum *Curator bonorum* anzuſetzen.

let nicht aus den Gesetzen, es scheint jedoch das letztere um so eher geschehen zu seyn, als auf diesem Wege nur Verletzungen des Schuldners so wohl als der Gläubiger vermieden werden konnten. [h]) Beym Verkaufe des schuldnerischen Vermögens wurde unter den Bietenden jeder Gläubiger und Verwandte des Schuldners einem Fremden vorgezogen, und wenn ein Gläubiger und ein Verwandter mit einander concurrirten, so hatte der erstere immer den Vorzug. [i])

Nach geschehener Veräusserung des schuldnerischen Vermögens kam noch die richterliche Concurrenz

V. bey der Vertheilung desselben unter die Gläubiger vor. Auch hier bestand solche in einer blossen Aufsicht, damit bey der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens die gesetzlich bestimmten Vorzüge der Forderungen nicht vernachlässigt werden möchten. Wenn daher der *Curator bonorum*, dem unstreitig auch die Vertheilung der Masse oblag, hierin seine Pflicht vernachlässigte, so konnte er dazu von dem Richter auf den Anruf der zurück gesetzten Gläubiger angehalten werden.

Ich habe oben, S. 261, gezeigt, dass nach der *L.* 12 *D. de reb. auct. iud. possid.* die einem oder mehrern von den Gläubigern ertheilte *Missio* auch von selbst auf diejenigen ausgedehnt gewesen sey, welche sich späterhin meldeten. Nach dem ältern Rechte konnten an einem durch die *Cessio* oder *Immissio* eröffneten Schuldverfahren, so lange noch nicht das Vermögen des Schuldners unter seine Gläubiger vertheilt war, alle Antheil nehmen, welche sich auch späterhin mit ihren Forderungen meldeten, weil die jenen ertheilte *Missio* auch ihnen, ohne dass sie darum erst nachzusuchen brauchten, zu Gute kam, — wenigstens

h) Von der alten *Sectio bonorum*, die gewöhnlich vermittelst einer Privat-Veräusserung geschah, lässt sich auf die gegenwärtige neuere kein Schluss machen. Jene nämlich brauchte nicht öffentlich zu geschehen; diese hingegen musste schon um desswillen öffentlich vollzogen werden, weil im entgegen gesetzten Falle eine Läsion unvermeidlich, sie auch selbst mit den grössten Schwierigkeiten verbunden gewesen seyn würde. — Es steht auch diesem die *L.* 10 *C. qui bon. ced. poss.* nicht entgegen, welche in den letzten Worten von der Uebertragung des ganzen Vermögens des Schuldners oder eines Theils desselben mit Bewilligung sämmtlicher Gläubiger spricht.

i) *L.* 16 *D. de reb. auct. iud. possid.*

war diese Theorie *in foro* angenommen. Freylich verstand es sich dabey von selbst, dass sie, um an der *Missio* vollkommenen Antheil zu nehmen und mit den wirklich immittirten Gläubigern in volle Gemeinschaft des schuldnerischen Vermögens zu kommen, auch ihre Forderungen zuvor der Untersuchung des Richters unterwerfen mussten. *Justinian* bestätigte zwar das ältere Recht, setzte aber eine gewisse Zeit fest, in welcher sich die Gläubiger, wenn sie an der bereits ertheilten *Missio* Antheil nehmen wollten, mit ihren Forderungen melden mussten. [k]) Versäumten sie diese Zeit, so konnten sie zwar weder mit den bereits immittirten Gläubigern mehr in Gemeinschaft kommen, noch die Veräusserung des schuldnerischen Vermögens behindern, doch musste das aus dem veräusserten Vermögen gelösete Geld, welches nach Befriedigung der immittirten Gläubiger übrig blieb, deponirt und für sie aufgehoben werden. [l])

Die *Missio* und die sich darauf beziehenden Rechte kommen in den Gesetzen nur immer mit Beziehung auf die chirographarischen Gläubiger vor. [m]) — Man möchte fragen: ob denn die hypothekarischen Gläubiger ganz ausser der *Missio* und der durch diese hervor gebrachten Gemeinschaft sich befanden? — Ich antworte: Allerdings. Sie genossen ja wegen ihres Pfandrechts, mochte solches ein besonderes oder allgemeines seyn, immer den Vorzug vor allen chirographarischen Gläubigern, in so fern diese nicht durchaus privilegirt waren, und konnten ja diese daher, so lange sie nicht befriedigt waren, nicht an das Vermögen des Schuldners kommen. — Daher nahmen sie auch an der *Immissio* und der dadurch bewirkten Gemeinschaft keinen Antheil, wohl aber concurrirten sie bey

k) *L.* 10 *C. de reb. auct. iud. possid.*: — — rectius nobis esse videtur, tunc communionem habere in possessione rerum alios creditores, qui non hoc peregisse noscuntur, cum *praesentes* quidem in una eademque degentes provincia in qua et possessores rerum commorantur, intra *duorum annorum* spatia, *absentes* autem intra *quadriennium* creditoribus possessionem antelato modo detinentibus suum debitum certum faciant, et expensas secundum quantitatem debitorum persolvant eis, qui sententiam consecuti sunt, per sacramentum eorum manifestandos, qui eas adipiscendae gratia possessionis rerum sustinuerunt, quia et secundum debita satis eis fieri explorati iuris est. — —

l) Man vergleiche den Schluss des eben angeführten Gesetzes.

m) *L. c.*, zu Anfange in den Worten: Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, pro quibus *hypothecae* non sunt constitutae etc.

den übrigen Verhältnissen, welche durch das Schuldenwesen hervor gebracht wurden, z. B. bey der Ansetzung eines *Curatoris bonorum* u. s. f., weil es auch ihr Interesse, und zwar vorzüglich, erforderte, daſs das Vermögen des Schuldners bis zu seiner Veräuſserung gehörig verwaltet, und bey der Veräuſserung nicht verschleudert wurde. — Da ihnen das Unterpfand schon ein Recht zum Besitze des schuldnerischen Vermögens gab, so bedurften sie der *Immissio* nicht. Sie traten vielmehr jetzt vermöge ihres Unterpfandsrechts und mit Hinsicht auf das durch das Schuldenwesen bewirkte Verhältniſs in den Mitbesitz des schuldnerischen Vermögens von selbst ein; denn ohne dies würde durch die *Immissio* der chirographarischen Gläubiger ihr Zustand verschlimmert worden seyn, auch würden sie in Absicht der Verwaltung und Veräuſserung des schuldnerischen Vermögens ganz von diesen abhängig gewesen seyn.

Aus dem, was ich bisher über das neu-Römische Verfahren in Schuldsachen gesagt habe, geht nun zwar hervor, daſs die willkührliche Behandlung des Schuldners und seines Vermögens jetzt wegfallen muſste, wo man sich von Seiten des Staats mehr als ehedem in das Schuldenwesen mischte; aber es war bey dem allen doch noch nicht hinlänglich für den Schuldner gesorgt. War nämlich derselbe flüchtig geworden, und konnte sich daher selbst nicht vertheidigen, so war niemand vorhanden, der den Gläubigern ihre Forderungen streitig machte, und darauf drang, daſs solche gesetzmäſsig bewahrheitet wurden, es wäre denn, daſs die Gläubiger unter einander ihre Forderungen wechselseitig bestritten hätten. [n]) Zwar ging der *Immissio* immer die *causae cognitio* über die Forderung voraus, mit Hinsicht auf welche die *Immissio* nachgesucht wurde, allein es fehlte dabey immer eine Person, welche die Gerechtsamen des Schuldners wahrnahm, wenn dieser nicht selbst vorhanden war. — Ich habe oben gezeigt, daſs es auch jetzt zur Pflicht des Richters gehört habe, dahin zu sehen, daſs die in den Gesetzen angeordneten Privilegien und Vorzüge der Gläubiger nicht vernachläſsigt werden möchten. — Aber diese Pflicht des Richters kam nur alsdann in Betracht,

n) Daſs dies der Fall gewesen sey, und daſs diejenigen Gläubiger, welche späterhin die *Immissio* begehrten, bey den bereits immittirten ihre Forderungen liquidiren muſsten, beweisen die Worte der *L.* 10 *C. de reb. auct. iud. poss.*: suum debitum *certum faciant* etc., deutlich.

wenn ein Gläubiger ſich über Zurückſetzung bey der Vertheilung des ſchuldnerischen Vermögens bey dem Richter beſchwerte. Der Richter beſtimmte daher keinesweges die Ordnung, in welcher die Gläubiger befriedigt werden ſollten, ſondern alles blieb dem *Curator bonorum* überlaſſen, der, mit Hinſicht auf die in den Geſetzen beſtimmten Vorzüge und Privilegien, die Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners beſorgte.

Ueberall fand auch das bisher geſchilderte Schuldverfahren nur Statt, wenn ein freyer Menſch und *Homo ſui iuris* ſo viel Schulden hatte, daſs ſeine Gläubiger aus ſeinem Vermögen nicht befriedigt werden konnten. Beym Schuldenweſen eines *Filiifamilias* und eines *Servi* betrieben der Vater und Hausherr die Schuldſache allein, ohne weitere Einmiſchung des Richters, ſie begingen denn bey der Vertheilung des *peculii* und der *merces peculiares* unter die Gläubiger eine Ungerechtigkeit, wo ſie deſshalb von den Gläubigern in Anſpruch genommen werden konnten. o)

ZEHNTES KAPITEL.

Verhältniſs der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten. — Nähere Beſtimmung der Rechte und Pflichten des Curatoris bonorum, und deſſen Verhältniſs zu dem Schuldenweſen. — Ius retentionis et compenſationis. — Nachlaſsvertrag.

Eine ſehr wichtige, in den Geſetzen nicht hinlänglich beſtimmte Frage iſt die: wie das Verhältniſs der Gläubiger unter und gegen einander bey dem neu-Römiſchen Verfahren in Schuldſachen beſchaffen geweſen. Mit ihr ſteht eine andere: in wie fern ein Gläubiger von dem Retentions- und Compenſations-Rechte Gebrauch machen könne, in unzertrennlicher Verbindung.

Ehe ich dieſe Fragen gehörig beantworten kann, muſs ich noch die Rechte und Pflichten des *Curatoris bonorum* genau erwägen, deſſen Verhältniſs zu dem Ganzen entwickeln, auch noch etwas über die *Ceſſio* und *Immiſſio* hier nachhohlen.

o) Vergleiche die Titel der Pandecten: *de act. tributoria* und *quod cum eo qui in aliena poteſt.*

Der *Curator bonorum*, von dessen Person und Ansetzung ich bereits im vorigen Kapitel gehandelt habe, besorgte die Angelegenheiten der Gläubiger in Ansehung des schuldnerischen Vermögens, verwaltete dasselbe, veräusserte es und vertheilte es unter die Gläubiger. Er repräsentirte dabey so wohl den Schuldner als das Corpus der Gläubiger. Alle Klagen, die dem Schuldner zuständig waren und nur von dessen Person getrennt werden konnten, stellte er an, und machte auf gleiche Weise und unter gleichen Umständen auch von andern Rechten desselben zum Vortheile der Masse Gebrauch. Dagegen aber musste er auch wieder diejenigen Klagen, welche einem Dritten gegen den Schuldner zuständig waren, und gleicher Gestalt die Einreden, welche ein Dritter gegen den Schuldner hatte, gegen sich gelten lassen.

War das Vermögen des in Schulden gerathenen Bürgers in mehrern Gegenden des Römischen Reichs belegen, z. B. ein Theil in Italien und ein Theil in einer Provinz, so dass ein Curator nicht das Ganze übersehen konnte, so wurden auch wohl mehrere *Curatores* bestellt. p) Alsdann hatte zwar jeder *Curator* nur das ihm untergebene Vermögen zu besorgen: weil aber diese Einrichtung blos der Bequemlichkeit halber getroffen wurde, so hatte solches weder auf die Gläubiger, q) noch auf den Dritten, der gegen den Schuldner ein Recht hatte, einen nachtheiligen Einfluss; denn es wurden die mehrern Curatoren in dieser Hinsicht als Eine Person angesehen. *Si plures*, heisst es in der *L. 3 D. de curat. bon. dando, eiusdem bonorum curatores facti sunt, in quem eorum vult actor, in solidum ei datur actio, tamquam quivis eorum in solidum aget.*

Niemand wurde bey einem Römischen Schuldenwesen aufgefordert, seine Forderungen anzugeben, noch wurde ihm im Unterlassungsfalle die Strafe der Ausschliessung angedrohet. Nur derjenige, welcher sich als Gläubiger meldete

p) *L. 2, §. 2 D. de curat. bon. dando.*

q) Ich nehme durchaus nicht an, dass ein abgesondertes Schuldenwesen bey den Römern Statt gefunden habe, oder, wie man es heutiges Tages zu nennen pflegt, ein *particulärer* Concurs. Aus der Anordnung mehrerer Curatoren folgt solches noch nicht, auch läst die Natur des Römischen Schuldenwesens es nicht zu, einen solchen particulären Concurs anzunehmen. Schon der Umstand, dass die mehrern Curatoren mit Hinsicht auf einen Dritten als Eine Person angesehen wurden, zeigt die Unzertrennlichkeit des Römischen Schuldenwesens deutlich genug.

und ſeine Forderung gegen die bereits vorhandenen Gläubiger ausführte, wurde unter die Zahl der Gläubiger aufgenommen.

Es war ein groſser Unterſchied, ob das Schuldenweſen mit der *Ceſſio* oder *Immiſſio* ſeinen Anfang genommen hatte, ſo wohl mit Hinſicht auf die Qualität der Gläubiger, als auf die Befugniſs, ſich dem Corpus der Gläubiger zuzugeſellen und ſeine Forderung an das Vermögen des Schuldners geltend zu machen.

Hatte

I. ein Schuldner ſich für inſolvent, und ſeinen Gläubigern ſein Vermögen abtreten zu wollen erklärt, ſo kamen bey einem ſo entſtandenen Schuldenweſen ſo wohl hypothekariſche als chirographariſche Gläubiger vor. So viel ich aus den Geſetzen habe entnehmen können, war hier kein Gläubiger an eine Zeit gebunden, ſeine Forderungen anzugeben und zu bewahrheiten. Ich nehme daher an, es ſtand jedem frey, ſich mit ſeiner Forderung zu melden, bis das Vermögen des Schuldners war veräuſsert und unter die Gläubiger vertheilt worden.

Dagegen

II. wenn durch die *Miſſio* das Schuldenweſen war veranlaſst worden, gab es bloſs hypothekariſche Gläubiger. Die *Miſſio* ertheilte bekanntlich ein prätoriſches Pfandrecht, und wer ſich mit ſeiner Forderung meldete, auf dieſen wurden ja die Rechte der bereits immittirten Gläubiger ausgedehnt. Hier war aber, nach *Juſtinians*, im vorigen Kapitel angeführter Verordnung, das Melden der Gläubiger mit ihren Forderungen an eine gewiſſe Zeit gebunden, und wer dieſe Zeit vernachläſſigt hatte, muſste ſich mit dem, was nach Befriedigung der ſich gemeldeten Gläubiger übrig blieb, befriedigen.

Hiernach läſst ſich nun auch leicht beſtimmen, was Rechtens war, wenn, nachdem ſchon einige Gläubiger immittirt waren, der Schuldner ſich zur *Ceſſio bonorum* bereit erklärte. Wer bereits die Immiſſion erhalten hatte, hatte zugleich das prätoriſche Pfandrecht mit erhalten, und trat nun als hypothekariſcher Gläubiger auf. Aber fernere Immiſſionen durften nicht geſchehen, und es traten die Verhältniſſe ein, welche ich No. I angegeben habe. [r])

r) Um dieſe Behauptung nicht zu gewagt zu finden, darf ich nur den Leſer darauf aufmerkſam machen, daſs in den Geſetzen der Fall, wo bey dem Schuldenweſen eine

Wenn gleich die Gläubiger, und in ihrem Nahmen der *Curator bonorum*, den Schuldner repräsentirten, und daher die Handlungen des Schuldners gegen sich gelten, auch Klagen, die einem Dritten gegen den Schuldner zustanden, gegen sich anstellen lassen mussten, so waren doch davon nach der Natur des Schuldenwesens Schuldklagen ausgenommen. Die Römer unterschieden wirkliche Schuldklagen von Klagen auf andere Leistungen, wozu sich der Schuldner verpflichtet hatte. Nur die letztern wurden gegen die Gläubiger und den *Curator bonorum* zugelassen, die erstern nicht, sondern in Ansehung dieser musste sich derjenige, welcher sie hatte, den Gläubigern zugesellen. — Nur diejenigen Gläubiger, welche die gesetzlich bestimmte Zeit der Immission versäumt hatten, durften, nachdem die an dem Schuldenwesen Theil nehmenden Gläubiger befriedigt waren, gegen den *Curator bonorum* auf die Auslieferung des Ueberschusses antragen wenn ein solcher nach Befriedigung derselben übrig blieb.

Nach diesen Prämissen kann man nun das Verhältniss der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten bey einem Römischen Schuldverfahren auf folgende Art darstellen:

I. Sämmtliche Gläubiger befanden sich in Absicht des schuldnerischen Vermögens in einer Art von Gemeinschaft, in so fern sie an dem Schuldenwesen wirklich Antheil nahmen. Diese Gemeinschaft betraf die Bestellung des *Curatoris bonorum*, die Verwaltung und Veräusserung des schuldnerischen Vermögens, und ihre Befriedigung nach den in den Gesetzen bestimmten Vorzügen der Forderungen. — G l ä u b i g e r waren alle diejenigen, welche aus dem Vermögen des Schuldners die E n t r i c h t u n g e i n e r S u m m e G e l d e s, entweder als A n l e i h e oder aus e i n e m a n d e r n G r u n d e forderten, in so fern sie nach den oben vorgetragenen Grundsätzen zu solchen Forderungen bey dem gegenwärtigen Schuldenwesen zugelassen werden konnten. — Diejenigen, welche sich zu spät mit ihrer Forderung ge-

Cessio bonorum vorkommt, immer sorgfältig von dem Falle unterschieden wird, wo solches durch die Dazwischenkunft der *Immissio* hervor gebracht wird. — Es konnte auch nun keine *Immissio* weiter Statt finden, da das Vermögen des Schuldners den Gläubigern abgetreten war, auch die vorher gehenden Missionen nicht auf die folgenden Gläubiger erstreckt werden durften, weil sie nur besondere ausser dem Falle des Schuldenwesens ertheilte, Missionen waren.

meldet, und die zur Immiſſion beſtimmte geſetzliche Zeit hatten verſtreichen laſſen, waren, wenn ſie gleich ſonſt unter den Gläubigern ihren Platz genommen haben würden, jetzt als Fremde oder dritte Perſonen zu betrachten.

II. Ob, wenn in Abſicht des ſchuldneriſchen Vermögens etwas verfügt werden ſollte, dabey auf die Mehrheit der Stimmen bloſs Rückſicht genommen, oder nicht vielmehr die Einhelligkeit der Stimmen ſämmtlicher Gläubiger erfordert wurde, erhellet nicht deutlich aus den Geſetzen. Das Letztere iſt aber aus dem Grunde ſehr wahrſcheinlich, weil bey einigen Geſchäften, z. B. bey der Ernennung eines *Curatoris bonorum*, und Abſchlieſsung eines Nachlaſsvertrags, (wovon weiter unten,) die Mehrheit der Stimmen als eine Ausnahme von der Regel ausdrücklich eingeführt worden iſt, welches nicht nöthig geweſen wäre, wenn ſich ſolche von ſelbſt verſtanden hätte.

III. Gegen einen Dritten repräſentirte der die ſämmtlichen Gläubiger vertretende und ihre Angelegenheiten beſorgende *Curator bonorum* als Inhaber des ſchuldneriſchen Vermögens den Schuldner dergeſtalt, daſs, in ſo fern der Schuldner eine gültige Verbindlichkeit contrahirt hatte, er ſich deren Erfüllung aus dem Vermögen des Schuldners gefallen laſſen muſste, ohne Unterſchied, ob eine *Ceſſio* geſchehen, oder es bey der *Miſſio* geblieben, und das Schuldenweſen auf die gewöhnliche Weiſe war betrieben worden. — Hatte daher der Schuldner von ſeinen Gütern etwas verpachtet oder vermiethet, ſo muſsten die Gläubiger dieſen Vertrag in Erfüllung bringen. Eben dies war der Fall, wenn der Schuldner durch einen gültigen Kauf-Contract etwas von ſeinem Vermögen an jemanden überlaſſen hatte, wo gleichfalls die Gläubiger die verkauften Sachen ausliefern muſsten. Denn mochten ſie durch die *Ceſſio* oder *Immiſſio* zum Beſitze des ſchuldneriſchen Vermögens gelangt ſeyn, in beyden Fällen konnten ſie nicht mehr Rechte an dieſem Vermögen erlangen, als der Schuldner ſelbſt daran hatte.

Hier entſteht nun aber die Frage: Durften denn die Gläubiger das, was der Schuldner von ſeinem Vermögen verpachtet oder vermiethet hatte, nicht veräuſsern, und waren ſie gezwungen, dem Schuldner die Mieth- oder Pachtzeit auszuhalten? In der *L. 8 D. de reb. auct. iud. poſſid.* heiſst es: *Servabit Praetor locationem a debitore factam*, und es ſcheint beym

ersten Anblicke, als hätten die Gläubiger gar keine Veränderung mit der verpachteten Sache während der Pachtzeit vornehmen dürfen. Allein es ist hier zu erwägen, dass das Gesetz bloss von dem Falle spricht, wenn die Gläubiger die bereits von dem Schuldner verpachtete oder vermiethete Sache weiter verpachten oder vermiethen wollen. Nur dies soll ihnen nicht erlaubt seyn, wenn der Schuldner schon vermiethet oder verpachtet hat. Da die Gläubiger an die Stelle des Schuldners traten, so mussten ihnen auch dieselben Rechte zukommen, welche dem Schuldner zuständig waren. Nun konnte aber der Schuldner, des Mieths-Contracts ungeachtet, die Sache verkaufen, und blieb nur dem Miether zur Entschädigung verbunden. In eben diesem Verhältnisse standen auch die Gläubiger gegen ihn. Es stand daher allerdings den Gläubigern frey, zu ihrer Befriedigung die vermiethete Sache zu veräussern, oder vielmehr konnte solche Veräusserung von dem sie repräsentirenden *Curator bonorum* geschehen, ohne dass der Miethsmann dawider etwas einzuwenden vermochte.

Allein nun hatte der Miethsmann oder Pachter wegen seiner Entschädigung, als einer mit dem Pacht-Contracte zusammen hängenden Forderung, das *Ius retentionis*. Er wich daher nicht eher aus der Sache, als bis ihn entweder der *Curator bonorum*, oder derjenige, welcher die Sache an sich gebracht hatte, wegen seiner Anforderung befriedigt hatte.

IV. Eine gleiche Repräsentation der Gläubiger hatte Statt, in so fern vom Gebrauche solcher Rechte die Rede war, wodurch das Vermögen des Schuldners zu ihrem Besten vermehrt wurde. — Der *Curator bonorum* stellte in dieser Hinsicht alle Klagen an, welche dem Schuldner gegen einen Dritten zuständig waren, musste sich aber auch, wie ich schon oben bemerkt habe, alle die Einwendungen gefallen lassen, welche diesem gegen den Schuldner zustanden. — Daraus entstand denn folgendes Verhältniss:

1. Besass jemand eine dem Schuldner zugehörige Sache, so forderte sie der *Curator bonorum*, entweder mit der Eigenthumsklage, oder, wenn sie vermittelst eines Contracts diesem war überlassen worden, mit der Klage zurück, die aus dem Contracte entsprang. Hatte der Besitzer Anforderungen wegen dieser Sache, so stand ihm daran das *Ius retentionis* wegen der Anforderung zu oder nicht. Im erstern Falle musste der *Curator* den Be-

ſitzer zwar befriedigen, ehe er die Sache zurück verlangen konnte, im letztern hingegen muſste ihm die Sache ſo zurück gegeben werden, und blieb es ihrem Beſitzer frey, ſich wegen ſeiner Befriedigung an die Gläubiger anzuſchlieſsen, wenn er nicht etwa die in den Geſetzen dazu beſtimmte Zeit ſchon verſäumt hatte. Hierher gehören z. B. die Fälle, wo der Schuldner eine Sache verpachtet hatte, die Pachtzeit zwar ſchon verfloſſen war, aber noch der Pächter Forderungen machen konnte, die ihn zur Retention berechtigten, oder ſonſt aus einem andern Vertrage oder Verhältniſſe dergleichen Retentions-Recht entſprang.

2. Wenn der Schuldner jemanden wegen einer Forderung eine Sache zum Fauſtpfande gegeben hatte, ſo durfte der *Curator bonorum* ſolche nicht anders zur Maſſe zurück fordern, als wenn er vorher den Gläubiger wegen ſeiner Forderung befriedigt hatte, [s]) es wäre denn, daſs dieſer Gläubiger ſich den übrigen Gläubigern zugeſellt, und an dem Schuldenweſen Theil genommen hätte, wo man alsdann eine Verzichtleiſtung auf das ihm zuſtändige Retentions-Recht annahm, und ihn zur Herausgabe der Sache nöthigte, wenn er auch wegen ſeiner Forderung noch nicht befriedigt war. Da nach der *L. un. C. etiam ob chirograph. pecun.* dem Gläubiger das Retentions-Recht an der zum Unterpfande gegebenen Sache auch wegen ſpäterer Forderungen geſtattet wird, ſo war es demſelben auch erlaubt, davon gegen den *Curator bonorum* Gebrauch zu machen, und brauchte er die verpfändete Sache nicht eher fahren zu laſſen, als bis er wegen aller dieſer Forderungen befriedigt war.

3. Hatte ein Schuldner des Schuldners eine Gegenforderung, und wurde von dem *Curator bonorum* auf die Bezahlung der ſchuldigen Summe belangt, ſo bediente er ſich gegen denſelben der Ausflucht der Compenſation, ſo bald nur zur Zeit der Klage oder zur Zeit der Verurtheilung die zur Compenſation nöthigen Erforderniſſe vorhanden waren. — Das

s) Die Grundſätze von dem alten *pignus cum fiducia*, (vergleiche S. 131,) welche man noch immer beym Fauſtpfande beybehielt, ſicherten hier hauptſächlich den Gläubiger. Dazu kam die eigne Beſchaffenheit des Römiſchen Schuldenweſens, in Gemäſsheit deſſen niemand gezwungen werden konnte, ſich ohne Noth den Gläubigern zuzugeſellen.

Schuldenwesen konnte bey den Römern seiner Natur nach in den vorigen Verhältnissen nichts ändern; und daher war es in Absicht auf die Compensation nicht anders, als wenn der Schuldner selbst klagte. Es wurde ja niemand gezwungen, seine Forderungen an den Schuldner anzugeben, und es fand auch keine Ausschliessung derjenigen Statt, welche solches unterlassen hatten. Die Edictal-Citation nebst der Präclusion, welche in dem heutigen Schuldverfahren so grosse Veränderungen hervor gebracht haben, wie ich weiter unten zeigen werde, waren den Römern gänzlich unbekannt. So wie daher einem Schuldner des Schuldners vor ausgebrochenem Schuldenwesen die Ausflucht der Compensation gegen den Schuldner zustand, so stand sie demselben auch in der Folge gegen den *Curator bonorum* fortdauernd zu.

4. Hatte endlich ein Gläubiger des Schuldners vor geschehener *Cessio* oder allgemeinen *Missio* durch eine besondere Mission eine dem Schuldner zugehörige Sache in Besitz bekommen; so musste ihm zwar der *Curator bonorum* seine Forderung auszahlen, auch ihn wegen der auf die Sache verwendeten Kosten entschädigen, wenn er die Sache zur Masse zurück bringen wollte: allein er konnte auch dagegen die Herausgabe der bereits gezogenen Früchte fordern, und es dem Gläubiger in Anrechnung bringen, wenn dieser bey der Benutzung der Sache sich eine Nachlässigkeit hatte zu Schulden kommen lassen. [t]) — Der immittirte Gläubiger hatte diesem zu Folge dieselben Rechte in Ansehung der Sache, in deren Besitz er gesetzt worden war, welche dem Inhaber eines Faustpfands zuständig waren, ausser dass beym Faustpfande wegen des fehlenden Benutzungsrechts die Verbindlichkeiten in Absicht der Früchte wegfielen, wenn nicht etwa das Faustpfand mit antichretischem Rechte war ertheilt worden.

Nach dem Römischen Rechte repräsentiren also wirklich die Gläubiger, oder vielmehr der sie vertretende *Curator bonorum*, den Schuldner, a c t i v e so wohl als p a s s i v e. Es ist aber diese Repräsentation von einer g a n z eignen Art.

t) *L. 9 D. de reb. auct. iud. poss.*

Ich mache den Leser darauf darum nochmahls aufmerksam, weil bey dem heutigen Schuldenwesen, wie sich weiter unten zeigen wird, wegen der bey uns eingeführten Edictal-Citation und Präclusion andere Grundsätze angenommen werden müssen, wenn gleich diese Römische Repräsentation dabey zum Grunde liegt. — In dieser Repräsentation sind sämmtliche Gläubiger nach dem oben davon angegebenen Begriffe enthalten, auch findet solche nur im Verhältnisse zu einem Dritten Statt. Man darf daher eine solche Repräsentation nicht in Beziehung auf die Gläubiger gegen einander annehmen, weil sonst daraus folgen würde, dass ein Gläubiger bey entstandenem Schuldenwesen nicht nöthig hätte, sich dem Corpus der übrigen Gläubiger zuzugesellen, sondern nur gegen dieses, oder vielmehr gegen den dasselbe vertretenden *Curator bonorum*, auf Bezahlung seiner Forderung mit Vernachlässigung der gesetzlich bestimmten Ordnung und der Vorzüge der Gläubiger antragen könnte. — Man wird, nach den Grundsätzen, die ich oben vorgetragen habe, sehr leicht bemerken, dass die in dem neuern Römischen Rechte bestimmte Repräsentation bey einem Schuldenwesen auf das ältere Schuldverfahren sich stüzt, und bey diesem gleichfalls vorhanden war, nur dass sie dort mehr auf den *Emtor bonorum*, als auf die Gläubiger bezogen wurde. Da durch den Eintritt des Schuldenwesens der vorige Zustand des Schuldners, in so fern man auf das Verhältniss der Gläubiger zu einem Dritten Rücksicht nimmt, gar nicht geändert wurde, so läst sich die oben aufgeworfene Frage: in wie fern nach eingetretenem Schuldenwesen noch das Retentions- und Compensations-Recht Statt gefunden habe, nicht anders, als durchgängig bejahend beantworten.

Bey den Römern pflegte sonst auch wohl der Schuldner mit seinen Gläubigern dahin zu pacisciren, dass ihm diese einen Theil ihrer Forderungen erliessen; — Nachlassvertrag, (*Pactum remissorium.*) Hatten die Gläubiger sich auf das Ansinnen des Schuldners freywillig zu einem Nachlasse verstanden, und sämmtlich dazu ihre Einwilligung gegeben, ihm etwas von ihren Forderungen, sie mochten nun in Capital oder Zinsen bestehen, zu erlassen, so konnte niemand gegen die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung etwas einwenden. Uebrigens aber konnte kein Gläubiger gezwungen werden, sich der für den Nachlass stimmenden Mehrheit zu unterwerfen. Eine Ausnahme fand Statt, wenn der Schuld-

ner mit Hinsicht auf eine anzutretende Erbschaft [u]) einen Nachlassvertrag mit den Erbschaftsgläubigern einzuleiten suchte, einige auch dafür, andere aber dagegen stimmten. Hier wurde, zur Begünstigung der Erbschaftsantretung, angenommen, dass der Richter, wenn der grössere Theil der Gläubiger für den Nachlass stimmt, die übrigen zum Beytritte zwingen soll. [v]) Der grössere Theil der Gläubiger darf aber nicht immer nach der Zahl der Köpfe berechnet werden, sondern die Gesetze schreiben dabey folgende Berechnungsart vor. Zuerst soll und in der Regel die Majorität der Gläubiger nach der Grösse ihrer Forderungen berechnet werden. [w]) Dabey darf aber nicht die Forderung des einen oder des andern Gläubigers in Anschlag gebracht werden, sondern es müssen die Forderungen aller Gläubiger bey dieser Berechnung zugezogen werden. Gesetzt also, es wären vier Gläubiger vorhanden, wovon der Schuldner dem einen 200, von den übrigen aber einem jeden 100 Rthlr. schuldig war, und es stimmten die letztern für, die erstern aber wider den Nachlassvertrag; so würde die Frage, welche Meinung vorzuziehen wäre, zum Vortheile der letztern entschieden werden müssen, weil ihre Forderungen zusammen genommen die grösste Summe ausmachen. — Wenn aber zweytens die Forderungen der Gläubiger, (welches gewiss äusserst selten der Fall seyn wird,) völlig einander gleich seyn sollten, soll die Mehrheit nach den Köpfen der Gläubiger berechnet werden, jedoch so, dass dabey bisweilen mehrere nur wie Ein Gläubiger gezählt werden. Dies ist der Fall, wenn mehrere Gläubiger da sind, denen der Schuldner mit etwas *in solidum* verpflichtet ist. So werden auch mehrere Vormünder eines

u) *L.* 7, §. 17 *D. de pactis:* Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est.

v) *L. cit.:* §. 19: Hodie tamen ita demum eiusmodi pactio creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc *Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.*

w) Das Gesetz, so wohl für diesen als die folgenden Fälle, ist *L.* 8 *D. de pactis. Maiorem* esse *partem pro modo debiti, non pro numero personarum,* placuit. Quod si *aequales* sint in *cumulo debiti*, tunc *plurium numerus creditorum* praeferendus est: in *numero* autem *pari* creditorum *auctoritatem eius* sequetur Praetor, qui *dignitate* inter eos praecessit: sin autem *omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia* a Praetore eligenda est: hoc enim ex Divi Marci rescripto colligi potest. — *Vet. de Greve Exerc. ad Pand.*, 70. *ab Oosterga Disput. ad Pand.*, I, 28. *Meerm. Thesaur.*, II, 708.

und eben desselben Pupillen, ingleichen mehrere Bevollmächtigte einer und eben derselben Person bey Ablegung ihrer Stimmen als eine einzige Person betrachtet. Ja, die Gesetze gehen unter Begünstigung der Erbschaftsantretung noch weiter und wollen sogar, daſs ein Vormund, wenn er gleich die Geschäfte mehrerer Pupillen führt und deren Ansprüche gegen den Schuldner vertritt, doch bey Ablegung seiner Stimme nur als Eine Person angesehen werden soll. *Nec non*, (heiſst es ausdrücklich in der *L.* 9 *D. de pactis*,) *et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit, unius loco esse: nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat.* Die Verbesserung, welche *Anton Faber* x) bey dieser Gesetzstelle anbringt, der sich überredet: daſs statt der Worte: *unum debitum praetendentium*, gelesen werden müsse: *non unum debitum praetendentium*, ist daher nicht nur ganz unrichtig, sondern streitet auch wider die gewöhnliche Rechtstheorie, auf den Fall, wenn ein Mensch mehrere Personen vorstellt. Denn zu geschweigen, daſs die *Basilica*, L. XI, T. 1, p. 724, in den Worten: Καὶ ὁ ἔχων πολλὰς ἀγωγὰς, εὖ πρόσωπον ἐστὶ· καὶ οἱ πολλοὶ μίαν ἔχοντες ἀγωγὴν, ὡς ἐπὶ τῶν κοινῶς ἐπερωτησάντων, ἢ δανεισάντων· καὶ οἱ πολλοὶ ἐπίτροποι τοῦ ἑνὸς ὀρφανοῦ· καὶ εἷς ἐπίτροπος πολλῶν ὀρφανῶν ἓν χρέος προβαλλομένων. Δυσχερὲς γὰρ ἐστὶν ἕνα ἄνθρωπον δύω πρόσωπον τάξιν ἐπέχειν. dieselbe Sache ausdrücklich wiederhohlen; so leuchtet es über dies noch aus allem deutlich hervor, daſs man in diesen Gesetzen zu Gunsten der Erben eine billige Ausnahme von dem sonst bekannten Rechtssatze, daſs ein Mensch, der mehrere Personen vorstellt, auch nach den mehrern von diesen Personen abhängigen Eigenschaften beurtheilt werden müsse, hat machen wollen. Denn in den Gesetzen wird der Fall untergestellt, wo mehrere Pupillen eine und eben dieselbe Forderung, entweder als Miterben des Verstorbenen, oder aus einer Correal-Verbindlichkeit haben, und einen gemeinschaftlichen Vormund, welcher in der zu einem Nachlaſsvertrage veranstalteten Versammlung der Gläubiger erscheint. — Diesem ertheilen nun die Gesetze aus dem Grunde nur Eine Stimme, weil die Pupillen selbst, wenn sie in Person erschienen wären, nur Eine Stimme aus dem Grunde hätten haben können, weil sie in Rücksicht ihrer Forderungen, nach den vorhin gelehrten Grundsätzen, nur wie Ein Gläubiger betrachtet werden können, folglich ihr

x) *Coniect.*, 219.

Vormund als Repräsentant ihrer Rechte nicht auf mehrere und grösere Rechte Anspruch machen kann, als diejenigen haben, deren Stellvertreter er ist. Sehen wir so den Grund des Gesetzes an, (und ein anderer läst sich wohl schwerlich auffinden,) y) so haben wir nicht nöthig, uns um den gesetzlichen Entscheidungsgrund: *nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat*, weiter zu bekümmern, der uns offenbar, wenn wir ihm weiter anhangen wollten, zu Ungereimtheiten verführen würde. Denn wie oft bedient sich nicht jemand zur Vertheidigung einer Behauptung, die er für die wahre hält, eines ganz unpassenden Arguments, welche sich durch ein richtiges Argument eben so gut vertheidigen liesse; und was man von den Gesetzen der Pandecten zu halten hat, in so fern Entscheidungsgründe darin enthalten sind, ist bekannt, indem solche Auszüge aus den Schriften der Rechtsgelehrten sind. — Eben so wenig als der Entscheidungsgrund, von welchem ich bisher gesprochen habe, greift der Nachsatz: *nam nec is, qui plures actiones habet adversus eum, qui* (*unam*) *actionem habet*, *plurium personarum loco accipitur*, durch.

Sind drittens die Gläubiger auch nach der Zahl der Köpfe in ihren Meinungen so getheilt, dafs eine Gleichheit daraus entspringt, so soll die Majorität allein durch den bestimmt werden, welcher vor den übrigen eine vorzügliche Würde bekleidet, — *auctoritatem eius sequetur Praetor*, *qui dignitate inter eos praecellit*. Der Grund dieser Verordnung wird von den meisten Juristen davon abgeleitet, dafs die Römer bey einem mit einer öffentlichen Würde bekleideten Manne nicht nur eine grösere Einsicht, sondern auch eine hier allerdings sehr in Betrachtung kommende grösere Billigkeit voraus gesetzt hätten. Man beruft sich auf mehrere Gesetzstellen, besonders auf *L.* 3 *pr.* und §. 1 *D. de testib.*, ingleichen *L. ult. D. de fide instrument.*, die aber nichts beweisen. Der Satz, dafs in Collisions-Fällen der Art, wovon hier die Rede ist, die vorzüglichere Würde des einen oder des andern den Ausschlag gebe, mufs entweder in dem Zeitalter, in welches das Fragment der Pandecten fällt, allgemein bey den Römern angenom-

y) Es möchte scheinen, als wenn mit Hinsicht auf die Worte: *si convenerit*, das Gesetz nur überall von einer vorgängigen Verabredung verstanden werden müsste. Allein dieser Erklärung steht der Zusammenhang des Ganzen und das Wort: *placuit*, entgegen. Ich halte dafür, es ist statt: *si convenerit*, zu lesen: *si convenerint*, und diese Stelle auf die Zusammenkunft sämmtlicher Gläubiger zu beziehen.

men gewesen seyn, oder auch durch ein Gesetz seine Entstehung erhalten haben. Ich wage es nicht, zu entscheiden, ob er ein Ueberbleibsel alter republikanischer Verfassung ist, oder nicht vielmehr seinem Ursprunge nach in dem neuern Aristocratismus gesucht werden muss.

Ist viertens auch keiner unter den Gläubigern, — *qui dignitate alios praecellit*, so soll die billigere Meinung die Oberhand behalten, — *humanior sententia a Praetore eligenda est.* — Und dies ist denn ohne allen Zweifel die Meinung derjenigen Gläubiger, welche dem Schuldner einen Nachlass angedeihen lassen wollen.

Sonst wollen die Gesetze noch, dass 1. bey Bestimmung der Majorität nach der Grösse der Forderungen auch die Zinsen, welche von einzelnen Capitalien fällig sind, mit verrechnet werden sollen, und zwar so, dass Capital und Zinsen in eine Summe zusammen gezogen werden. *Summae autem*, heisst es ausdrücklich in der *L.* 9, §. 2 *D. de pactis, applicare debemus etiam usuras*, und beruht diese gesetzliche Verfügung um so mehr auf einem richtigen Grunde, als in allen andern Fällen, wo von Berechnung der Grösse einer Schuld die Rede ist, Capital und Zinsen in eine Summe zusammen geworfen werden. Dann 2. gilt auch das, was von dem Uebergewichte der Majorität in den Gesetzen angeordnet ist, nur in Ansehung der Handschriftsgläubiger, nicht derjenigen, welche mit einem dinglichen Rechte versehen sind. Diesen kann, nach deutlicher Vorschrift der Gesetze, durch die Majorität der chirographarischen Gläubiger kein Nachtheil zugefügt werden, denn es heisst, mit Beziehung auf das, was in den vorher gehenden Gesetzen wegen der Form der Nachlassverträge verordnet worden ist, mit ausdrücklichen Worten in der *L.* 10 *D. de pactis: Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservandae sunt.* Eine andere Frage ist es, ob nicht durch die Majorität bloss hypothekarischer Gläubiger die übrigen hypothekarischen Gläubiger unterdrückt und einen Nachlass einzugehen gezwungen werden konnten. Ich glaube, die Frage muss verneinend beantwortet werden. Das Gesetz redet ganz allgemein, und schliesst von den vorauf gehenden Verfügungen wegen des Nachlasses alle hypothekarische Gläubiger aus, scheint also dadurch stillschweigend auch allen Zwang zu untersagen, den man unter den hypothekarischen Gläubigern selbst in Betreff der Remission etwa annehmen könnte. Ueberall kann sich der Zwang, von welchem die Gesetze reden, nicht auf solche

Gläubiger erstrecken, welche mit einem dinglichen Rechte versehen sind, man mag sie auf die chirographarischen Gläubiger, oder auf einander beziehen. [z])

Dafs aber das, was von hypothekarischen Gläubigern gilt, auch von solchen gelten müsse, welchen der Schuldner zur Sicherheit ihrer Forderungen einen Bürgen bestellt hat, wie einige [a]) behaupten, scheint mir nicht richtig, oder doch wenigstens sehr zweifelhaft zu seyn. Denn 1. läfst sich von hypothekarischen Gläubigern auf die, welche mit einem Bürgen versehen sind, noch kein Schlufs machen, vielmehr werden beyde Arten der Gläubiger einander entgegen gesetzt. 2. Beweiset auch die *L.* 58, §. 1 *D. mandati vel contra*, [b]) worauf sich besonders *Wiesand* beruft, noch lange das nicht, was er darin zu finden glaubt. *Lucius Titius*, (heifst es daselbst,) *creditori suo mandatorem dederat, dein defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a Praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: Si praesens apud Praetorem ipse quoque consensit, pactus videtur ex iusta causa: eaque exceptio et fideiussori danda esset, et mandatori: sed cum proponas, eam affuisse, iniquum est, auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris: nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est: plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est, sed videbitur consentire decreto, conveniendo heredem.* — Das Gesetz redet, wenn ich es anders recht verstehe, von folgendem Falle: Ein Schuldner hatte einem seiner Gläubiger einen Bürgen gestellt, verstarb hernach, und es kam zwischen seinen Erben und

z) Wem diese Gründe noch nicht genügen, den verweise ich auf die gleich folgende *L.* 52, §. 1 *D. mandati*, welche unwiderfsprechlich beweiset, dafs der erzwungene Nachlafs auf keine hypothekarischen Gläubiger geht.

a) Z. B. *Wiesand* in der *D. de pacto remissorio.* Vitemb. 1773, § 17.

b) Man kann über dieses merkwürdige Gesetz noch vergleichen: *Leonini Emendat.*, 300; *Bynckershoeck Observat.*, I, 21; *Noodt* in *Operib.*, I, 545; und *Pacii* Ἐναντιοφ., Cent. I, qu. 89.

den übrigen Gläubigern zu einem erzwungenen Nachlaſſe, bey deſſen Errichtung dieſer Gläubiger aber abweſend war. Der Rechtsgelehrte *Paulus*, aus deſſen *L. IV Quaeſt.* das Geſetz genommen iſt, wirft nun die Frage auf, ob dieſer Gläubiger den Bürgen noch aufs Ganze belangen könne, oder nur auf die Summe, die ihm vom Prätor bey der Errichtung des Nachlaſsvertrages war zugetheilt worden; und entſcheidet, daſs der Bürge von ihm aufs Ganze belangt werden könne, indem, wenn auch der Gläubiger zugegen geweſen wäre, man es ihm doch hätte frey ſtellen müſſen, ob er lieber den Schuldner oder den Bürgen habe belangen wollen, indem er eben ſo wenig als ein hypothekariſcher Gläubiger nöthig habe, den richterlichen Zwang zum Beytritte, (*Decretum Praetoris,*) gelten zu laſſen. Zugleich ſucht er den Einwurf zu entfernen, den man ihm etwa machen könnte, nämlich: daſs ja dem Erben dadurch gerathen ſeyn würde, wenn man den Beytritt eines ſolchen Gläubigers zum Nachlaſſe annehme, und behauptet, daſs vielmehr der Bürge dadurch, nicht aber der Erbe Vortheil erhielte. Zu Gunſten des Erben nimmt er jedoch das Princip an, daſs, wenn der Gläubiger ſich von dieſem einen Theil der Forderung habe leiſten laſſen, oder denſelben darauf belangt habe, er alsdann wie ein ſolcher angeſehen werden müſſe, der dem Nachlaſſe beygetreten ſey, weil er den Erben hätte auſser Spiel laſſen und den Bürgen allein belangen können.

Setzen wir uns in das Zeitalter, in welchem *Paulus* das niederſchrieb, was hernach *Juſtinian* ſeinen Pandecten einverleibte und mit deſſen Erläuterung ich mich ſo eben beſchäftigt habe, ſo finde ich nicht das mindeſte Bedenken, mit *Wieſand* anzunehmen, daſs ein mit einem Bürgen wegen ſeiner Forderung verſehener Gläubiger in Hinſicht auf den erzwungenen Nachlaſs ganz nach den Grundſätzen der hypothekariſchen Gläubiger beurtheilt werden müſſe. Aber dann müſſen wir auch der damahls geltenden Theorie von dem Verhältniſſe des Gläubigers zu dem Bürgen getreu bleiben, und annehmen, daſs es dem Gläubiger frey ſtehe, ſich wegen ſeiner Forderungen ſo wohl an den Schuldner als den Bürgen nach gleichen Grundſätzen zu halten. Iſt nun aber dieſes Verhältniſs in der Folge dahin geändert worden, daſs der Bürge ſich der Rechtswohlthat der Vorausklage gegen den Gläubiger zu erfreuen hat, ſo iſt auch von der Entſcheidung des *Paulus* kein Gebrauch mehr zu machen, die ohnehin nicht gehörig überdacht war. Warum geſtattet nämlich der Rechtsgelehrte dem Gläubiger die

Klage auf das Ganze gegen den Bürgen, und warum will er denselben nicht an den Nachlass gebunden wissen, der unter den Gläubigern durch die Majorität rechtmäsig und auf eine für ihn sonst verbindliche Weise zu Stande gekommen war? c) — Doch wohl nicht aus dem Grunde, weil er ihn den hypothekarischen Gläubigern ganz gleich stellte? — Gewiss nicht; bloss darum entscheidet der Rechtsgelehrte zu Gunsten des Gläubigers, weil er sich die Sache so vorstellt, als werden der Erbe und Schuldner im mindesten dadurch nicht beschwert, sondern bloss der Bürge, um den man sich hier nicht zu bekümmern habe. Deutlich ergiebt sich dieses aus dem Folgenden, wo er behauptet, dass alsdann gegen den Gläubiger zu sprechen sey, wenn er mit Vernachlässigung des Bürgen den Erben und Schuldner auf einen Theil der Forderung in Anspruch genommen hätte. Er dachte also nicht daran, dass der Bürge den Regress gegen den Schuldner hat, und es demselben einerley seyn konnte, ob er selbst oder der Bürge in Anspruch genommen wurde; sondern er beantwortet die Frage so, wie sie sich ihm beym ersten Anblicke darstellte.

Aus dem, was bisher über die *L. 55 D. mandati* gesagt worden ist, ergiebt es sich zur Genüge, dass die darin enthaltene Entscheidung gar nicht in Betrachtung kommen darf. Denn 1. wird der Gläubiger nach dem neuern Rechte meisten Theils durch die ihm entgegen stehende Ausflucht der Vorklage behindert, den Bürgen für die Hauptschuld in Anspruch zu nehmen, und ja nur aus dem Grunde, weil er dies nach dem ältern Rechte konnte, wird von dem *Paulus* angenommen, dass er nicht an den bereits zu Stande gekommenen Nachlass gebunden sey. Aber auch dann 2., wenn er wirklich aus dem Grunde, weil die Rechtswohlthat der Vorausklage nicht Statt hat, den Bürgen sogleich in Anspruch nehmen kann, ist von jener Entscheidung des *Paulus* kein Gebrauch zu machen, weil solche allen andern von dem erzwungenen Nachlasse in dem Justinianeischen Gesetzbuche vorhandenen Grundsätzen widerspricht, und aus einer einseitigen Vorstellung der Sache entsprungen ist, indem der Rechtsgelehrte an den Regress des Bürgen gegen den Schuldner nicht dachte.

c) Dass die Abwesenheit des Gläubigers eine unrechtmäsige war, und ihm daher nicht zu Statten kommen konnte, zeigt sich, meines Bedünkens, deutlich aus der ganzen Fassung der Frage.

So wie die mit einer Schuldforderung verbundene Bürgschaft den Gläubiger nicht befreyen kann, einem erzwungenen Nachlasse beyzutreten, eben so wenig befreyet ihn dies davon, wenn vielleicht mit seiner Forderung ein persönliches Privilegium verbunden war. *Sed et an privilegiariis absentibus haec pactio noceat,* (heisst es in der *L.* 10 *D. de pactis,*) *eleganter tractatur, si modo valet pactio contra absentes. Et repeto, ante formam a Divo Marco datam, Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecam non habet, et caeteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere.* — Dass in dieser Gesetzstelle blos von dem Falle die Rede ist, wenn die mit einem persönlichen Privilegium versehenen Gläubiger abwesend sind, kommt daher, weil überhaupt die Frage dabey zum Grunde liegt: ob ein erzwungener Nachlass der gegenwärtigen Gläubiger die abwesenden verbinde; welche hier bejahet wird, es versteht sich, unter der Voraussetzung, wenn die Gläubiger gesetzmässig zusammen berufen worden sind, (wovon weiter unten,) und nichts desto weniger einige von ihnen, ohne eine legale Entschuldigungsursache für sich zu haben, ausbleiben. Es kann uns also dieser Umstand nicht entgegen stehen, um anzunehmen, dass durchgehends jeder persönlich privilegirte Gläubiger gezwungen werden könne, einem durch die Majorität beliebten Nachlasse beyzutreten; denn das, was von einem abwesenden gilt, muss im vorliegenden Falle auch von einem gegenwärtigen gelten, da eine solche Abwesenheit, wovon hier die Rede ist, für eine Gegenwart gehalten wird; folglich der Satz, den ich eben aufgestellt habe, offenbar schon in der Entscheidung des Gesetzes selbst liegt. Selbst dem Fiscus, in so fern er persönlich privilegirter Gläubiger ehedem war, wird ja in dem Gesetze die Verbindlichkeit auferlegt, dem erzwungenen Nachlasse beyzutreten, und doch geniesst der Fiscus in Hinsicht auf seine Forderungen so wichtige Vorzüge vor den übrigen Gläubigern.

Zwar scheint diesen Grundsätzen wieder *Paulus* in der *L.* 58 *D. mandati* zu widersprechen, wo es von einem Gläubiger, dessen Forderung mit einem Bürgen versehen war, heisst: *iniquum est, auferri ei electionem sicut pignus aut privilegium.* Das Wort: *privilegium*, kann hier im Entgegensatze des Pfandrechts von nichts anderm, als von einem blos persönlichen Privilegium verstanden werden, und dann ergiebt sich offenbar daraus das Resultat, dass der mit einem persönlichen Privilegium wegen seiner Forderung versehene Gläubiger

eben so wenig nöthig habe, dem erzwungenen Nachlasse beyzutreten, als der Pfandgläubiger. Allein erwägt man, dass die *L.* 10 *D. de pactis* ganz deutlich und bestimmt redet, und schon aus diesem Grunde der *L.* 58 *D. mandati* vorgezogen werden muss, und dass ferner das letztere Gesetz nur ein beziehendes ist, das ohne das bezogene nichts beweiset; so hebt sich der Zweifel von selbst, den man etwa aus diesem Gesetze gegen die Gültigkeit der obigen Grundsätze hernehmen könnte, und ist die Behauptung derjenigen Rechtslehrer d) für fehlerhaft zu erklären, welche vorzüglich aus diesem Gesetze den Satz vertheidigen, dass persönlich privilegirte chirographarische Gläubiger nicht gezwungen werden könnten, dem durch die Majorität bewirkten Nachlasse beyzutreten.

Die Frage: ob nach dem Römischen Rechte die Wirkungen eines Nachlasses auch dem Bürgen zu Statten kommen müssen, scheinen mir durchgehends, so wohl in Absicht des eigentlichen Nachlassvertrages als des erzwungenen Nachlasses, bejahet werden zu müssen. Durch den Nachlass überhaupt, mag er zu Stande gekommen seyn, wie er will, wird ja die Forderung des Gläubigers, die hier die Hauptschuld ausmacht, vermindert: die Bürgschaft aber bezieht sich so strenge auf die Hauptverbindlichkeit, dass sie mit dieser nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden muss; folglich muss auch die Bürgschaft auf eine geringere Summe herab fallen, nämlich auf die, auf welche die Hauptschuld jetzt herab fiel. Es kann daher dem Gläubiger, der einen Nachlass mit dem Schuldner entweder freywillig oder gezwungen einging, nicht erlaubt seyn, das, was dem Schuldner nachgelassen worden ist, noch von dem Bürgen zu fordern, indem dessen Verbindlichkeit zugleich mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners verringert worden ist; selbst alsdann nicht, wenn gleich der Bürge auf alle einem Bürgen zuständige Rechtswohlthaten förmlich Verzicht geleistet, oder der Gläubiger bey Ertheilung des Nachlasses sich den Regress an den Bürgen auf das nachgelassene Quantum ausdrücklich vorbehalten hätte. Denn es kommt ja, was den ersten Fall betrifft, hier nichts darauf an, ob der Gläubiger den Bürgen eben so gut als den Hauptschuldner sogleich belangen konnte oder nicht; sondern es ist bloss davon die Rede, auf welche Summe der Bürge belangt werden kann, und diese richtet sich nach der Summe, womit der Hauptschuldner ver-

d) *I. H. Böhmer de pacto remissorio;* in *Exercit. ad D.*, T. V, Exerc. 89, §. 14.

haftet ist. Und in Ansehung des zweyten Falles muſs dieser Vorbehalt um deſswillen für ganz unwirksam erklärt werden, weil durch eine solche Vereinigung zwischen Gläubiger und Schuldner der Zustand des Bürgen nicht verschlimmert werden kann, dessen Verbindlichkeit bloſs nach der Hauptverbindlichkeit beurtheilt werden soll, und mit dieser eine Verminderung *ipso iure* erleidet. Es bedarf indeſs nicht einmahl dieser mit Gründen unterstützten Bejahung der obigen Frage, da selbst die Römischen Gesetze mit dürren Worten dem Bürgen die aus dem Nachlaſsvertrage für den Schuldner entspringenden Wirkungen zueignen. In der *L.* 58, §. 1 *D. mandati* heiſst es mit ausdrücklichen Worten von dem Bürgen: *eaque exceptio*, (nämlich die, welche dem Schuldner aus dem Nachlasse zustand,) *et fideiussori danda esset et mandatori.* Zwar scheint es, als wenn die angeführte Gesetzstelle bloſs von dem Nachlaſsvertrage redet, indem die vorauf gehenden Worte: *si praesens apud Praetorem ipse quoque consensit*, den Fall voraus setzen, wo der Gläubiger selbst in die Ertheilung des Nachlasses gewilligt und sich freywillig dafür erklärt hatte. Allein nimmt man auf den wahren Sinn des Gesetzes Rücksicht; so zeigt es sich sogleich, daſs die Worte des Gesetzes allgemein genommen, und so wohl von dem eigentlichen Nachlaſsvertrage, als dem erzwungenen Nachlasse verstanden werden müssen: denn in den Gesetzen wird die Frage: ob die aus dem Nachlasse entspringenden Ausflüchte auch dem Bürgen gestattet werden müssen, überhaupt dahin entschieden, daſs solches allerdings der Fall sey, so bald nur der Nachlaſs auf eine rechtmäſsige Art zu Stande gekommen ist. [e])

e) Der Grund, warum noch in diesem Gesetze zwischen den Fällen unterschieden wird, wenn der Gläubiger gegenwärtig, und wenn derselbe abwesend ist, ist in dem Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem ihm bestellten Bürgen zu suchen, und kann hier im Allgemeinen nicht in Betrachtung kommen. Nach den Worten des Gesetzes: *sed cum proponas, eum*, (sc. creditorem,) *afsuisse, iniquum est, ei auferri electionem* etc., soll dem Bürgen, wenn der Gläubiger zwar abwesend ist, und doch, wie ich hernach zeigen werde, in den Nachlaſs als mit eingeschlossen angesehen wird, darum keine Ausflucht zu Statten kommen, weil der Gläubiger die Wahl hatte, ob er sich zu den Gläubigern gesellen, oder jetzt bey der notorischen Insolvenz des Schuldners den Bürgen gleich vorweg in Anspruch nehmen wollte. Diese Wahl verlor er aber, wenn er sich mit seiner Forderung an den Schuldner bereits gemeldet hatte, und in dieser Qualität in der Versammlung der Gläubiger erschienen war, wo er alsdann als ein solcher angesehen wurde, der zuerst den Schuldner in Anspruch genommen hatte,

Der erzwungene Nachlafs fcheint mir feinem erften Urfprunge nach eine Erfindung des Prätors zu feyn, die die Begünftigung des Erben zum Zwecke hatte, und nebenher auch behindern follte, dafs die Erbfchaft nicht von diefem ausgefchlagen und den Gläubigern Preis gegeben werden möchte. Die urfprüngliche Befchaffenheit des erzwungenen Nachlaffes ift übrigens unbekannt. Wir wiffen blofs aus der *L.* 8 und 10 *D. de pactis*, dafs das Formelle fo wohl als Materielle des erzwungenen Nachlaffes, fo wie es in der Juftinianeifchen Gefetzgebung enthalten ift, durch ein Refcript des *Marcus Antoninus* beftimmt worden ift. Ob diefer das Materielle des erzwungenen Nachlaffes ganz von neuem beftimmte, oder nur einen Theil deffelben, wiffen wir gleichfalls nicht. Dafs er fich über das Ganze erklärt hatte, folgt meiner Einficht nach aus den Endesworten der *L.* 8 *D. de pactis*, wo es heifst: *humanior fententia a Praetore eligenda eft, hoc enim ex Divi Marci refcripto colligi poteft.* Mir ift es höchft wahrfcheinlich, dafs die ganze Theorie, welche die *L.* 8 *D. de pactis* enthält, nach Anleitung des mehrgedachten Refcripts von dem Römifchen Juriften, dem das Fragment zugehört, gebildet worden fey. — Die Form des erzwungenen Nachlaffes gehört gewifs dem *Marc Antonin* ganz allein zu, wenigftens die, welche wir in den Gefetzen antreffen. [f])

Darnach mufs eine Zufammenkunft aller derjenigen Gläubiger, welche ein erzwungener Nachlafs binden kann, veranftaltet worden feyn, und im Falle, dafs einige Gläubiger vor den andern gegen den Nachlafs ftimmen, tritt der Prätor in die Mitte, *qui decreto fuo*, (wie es in der *L.* 7, §. 19 *D. de pactis* heifst,) *fequetur maioris partis voluntatem.* — Was es mit der Majorität der Gläubiger für eine Bewandtnifs habe, ift oben gezeigt worden; hier nur noch von einigen Fragen, welche auf die Form des erzwungenen Nachlaffes Beziehung haben. Zuerft fragt es fich: Wer veranftaltete die Zufammenkunft der Gläubiger? Man könnte antworten: der Prätor; wenn von diefem in den Gefetzen nicht blofs beyläufig und in fo fern die Rede wäre, als er den Willen der Majorität der Gläubiger durch fein Decret zum Gefetze für die Minorität erhob. Ich glaube daher,

und fich daher auch die gewöhnliche Procedur des Schuldverfahrens gefallen laffen wollte. Man vergleiche noch über diefes Gefetz *Leonini Emendat.*, 300; *Noodt* in *Operib.*, I, 545; *Bynckershoeck Obfervation.*, I, 21.

f) Das Gegentheil behauptet *Cujaz* ad *L.* 7, §. *ult. D. de pactis.*

dafs die Zufammenberufung der Gläubiger mit zu den Gefchäften des Erben gehörte, und dafs die Concurrenz des Richters beym Nachlaffe nur überall in fo fern vorkam, als er von der Majorität der Gläubiger angegangen wurde, ihren Befchlufs für die übrigen Gläubiger verbindlich zu machen. Die Worte der L. 7, §. 19 *D. de pactis: fi vero disfentiant, tunc Praetoris partes neceffariae funt*, würden zur Unterftützung diefer Behauptung gebraucht werden können, wenn fie nicht fo beyläufig da ftünden, und nicht fchon aus der Einführung des Nachlaffes fich folche recht gut vertheidigen liefse. Nur der Erbe war bey der Antretung der Erbfchaft intereffirt, dafs ein Nachlafs zu Stande kam und die verfchuldete Erbfchaft den Gläubigern nicht Preis gegeben wurde. Ihm geftatteten es die Gefetze als eine Rechtswohlthat, die Gläubiger zum Nachlaffe aufzufordern, und wenn einige davon fich nicht dazu bequemen wollen, diefe mit Hinficht auf die Majorität zum Beytritte zwingen zu laffen. Ihm, dem Erben, mufste daher auch die Zufammenberufung der Gläubiger und die Einleitung zu dem Nachlaffe obliegen, wohin unftreitig auch die Zufammenberufung der Gläubiger gehört. War ein *Curator hereditatis* da, fo konnte auch wohl diefer den Nachlafs einleiten, aber von dem Prätor wurde er gewifs nie unmittelbar eingeleitet. — Eine andere Frage ift die: Wie gefchah die Zufammenberufung der Gläubiger? — Unfre heutigen Edictal - Citationen waren eines Theils den Römern unbekannt, andern Theils konnte auch hier keine Edictal-Citation Statt finden, wo die Zufammenberufung *privata auctoritate* veranftaltet wurde. — Ueber dies ging die ganze Verhandlung nur die chirographarifchen Gläubiger an, die fich gröfsten Theils an Ort und Stelle befanden. Ich glaube daher, der Erbe mufste jeden einzeln ihm bekannten Gläubiger anzeigen, dafs er verfuchen wolle, einen Nachlafs zu Stande zu bringen, und ihn zu der Zufammenkunft einladen, über dies aber noch den Tag der Zufammenkunft für die etwa ihm nicht bekannten Gläubiger durch den Gerichtsdiener öffentlich verkündigen laffen. Diefe Procedur ift mir die wahrfcheinlichfte, weil fie bey ähnlichen Fällen in den Römifchen Gefetzen angetroffen wird.

Nicht blofs die gegenwärtigen, fondern auch die abwefenden Gläubiger find an den erzwungenen Nachlafs gebunden. g) Indefs ward ein Gläubiger, der

g) *L. 10 D. de pactis.*

in Angelegenheiten des Staats abwesend gewesen war, mit seinen Einwendungen wider die Verbindlichkeit des erzwungenen Nachlasses in den vorigen Stand wieder eingesetzt, wenn er eine Verletzung nachzuweisen im Stande war, wohin z. B. der oben angegebene Fall gehört, wenn er einen Bürgen hatte und gleichwohl unter die ihre Befriedigung aus den Gütern des Schuldners begehrenden Gläubiger war angesetzt worden. [h]) — Und da die ganze Erfindung mit dem erzwungenen Nachlasse einzig darauf abzweckte, die Antretung der Erbschaft zu befördern, so folgt von selbst, dass solcher 1. nicht mehr Statt finden konnte, wenn der Erbe bereits die Erbschaft angetreten hatte, noch viel weniger 2. beym Schuldenwesen überhaupt, wenn man gleich hier den Schuldnern den Versuch überliess, ob sie sich mit ihren Gläubigern setzen konnten, oder, mit andern Worten: die Errichtung eines Nachlassvertrages ohne Bedenken bey jedem Schuldenwesen geschehen konnte.

EILFTES KAPITEL.

Ordnung der Gläubiger und Befriedigung derselben bey einem neu-Römischen Schuldenwesen.

Die Römer kannten, wie ich bereits gezeigt habe, das heutige Concurs-Verfahren nicht. So wenig sie eine Edictal-Citation und Präclusion bey ihrem Schuldenwesen hatten, und so wenig sich der Richter in die eigentliche Betreibung des Debit-Wesens mischte: eben so wenig kam bey ihnen eine Locations-Sentenz, ein Distributions-Bescheid, und wie alle diese Stücke des heutigen Concurs-Wesens sonst noch heissen mögen, vor. Wenn die Masse in Ordnung gebracht war, d. h.: wenn die Güter des Schuldners waren zu Gelde gemacht und die noch ausstehenden Capitalien desselben waren beygetrieben worden, so wurde von dem *Curator bonorum* zur Vertheilung nach den in den Gesetzen bestimmten Vorzügen und Privilegien der Forderungen geschritten. Vernachlässigte der *Curator bonorum* die gesetzliche Ordnung, so konnten sich die zurück gesetzten Gläubiger darüber bey dem Prätor beschweren, und von diesem fordern, dass er die Sache in das gehörige Gleis zurück brachte.

h) Vergleiche oben die Note e.

Bey dieſer ſo einfachen Procedur fiel denn auch das weg, was wir heutiges Tages Prioritäts-Verfahren nennen, wenn man übrigens wohl behaupten kann, daſs die Gläubiger ſich wegen der bey der Vertheilung des ſchuldneriſchen Vermögens zu beobachtenden Ordnung unter einander und mit dem *Curator bonorum* werden beſprochen haben. Wir haben uns daher in dieſem Kapitel nur mit der Ordnung der Gläubiger ſelbſt zu beſchäftigen, wobey wir, wie ſich von ſelbſt verſteht, auf die in dem Juſtinianeiſchen Rechte beſtimmten Vorzüge Rückſicht nehmen.

Daſs, ehe an die Befriedigung der Gläubiger gedacht werden konnte, von der Gütermaſſe dasjenige abgezogen worden ſey, was die Erhaltung und Vermehrung derſelben gekoſtet hatte, ingleichen was der *Curator bonorum* für ſeine Bemühung erhielt, (denn es läſst ſich nicht denken, daſs dieſer ſich umſonſt einem ſo mühſamen Geſchäfte werde unterzogen haben,) ſcheint mir um deſswillen keinem Zweifel unterworfen, weil ſolches zum Nutzen geſammter Gläubiger war aufgewendet worden und gleichſam als eine nothwendige Schuld auf der ganzen Maſſe ruhete.

Allen andern Forderungen gingen die Leichenkoſten, vermöge des ihnen beygelegten *Privilegii abſolute talis*, (Seite 184,) vor. — Darnächſt muſsten alle mit einem Unterpfandsrechte verſehene Gläubiger befriedigt werden. Sie gingen unſtreitig jedem chirographariſchen Gläubiger vor, wenn er auch wegen ſeiner Forderung mit einem perſönlichen Privilegium verſehen war. *Eos*, (heiſst es in der *L.* 9 *C. qui potior. in pignor.*, einem Reſcripte der Kaiſer *Diocletian* und *Maximinian*,) *qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quae perſonalibus actionibus competunt, praeferri, conſtat;* und in einem andern Reſcripte: *Pro debito creditores addici ſibi bona ſui debitoris non iure poſtulant. Unde ſi quidem debitoris tui caeteri creditores, pignori res acceperunt, potiores eos, quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur.*

Unter den hypothekariſchen Gläubigern genoſſen diejenigen den Vorzug, die mit einem privilegirten Pfandrechte verſehen waren, ohne Unterſchied, ob das privilegirte Pfandrecht ein geſetzliches, vertragsmäſsiges u. ſ. f. war. Zu den privilegirten hypothekariſchen Gläubigern gehören:

1. der Fiscus wegen der rückſtändigen Steuern und Abgaben, (S. 202;)
2. der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld, (S. 220;)
3. derjenige, welcher *in reſtitutionem aedium* Geld angeliehen hatte, (S. 197;)
4. diejenigen, welche zum Ankaufe eines Grundſtücks Geld vorgeliehen hatten, (S. 230;)
5. die überhaupt, welche zur Erkaufung und Erbauung einer Sache Geld vorgeſchoſſen und ſich an dieſer Sache ein Pfandrecht ausbedungen hatten, (S. 228;)
6. die Ehefrau wegen ihres Heurathsguts, (S. 239;)
7. diejenigen, welche *ad emendam militiam* creditirt und ſich ein Unterpfand an der erkauften *militia* vorbehalten hatten, (S. 249;)
8. der Pupill wegen der mit ſeinem Gelde erkauften Sache, (S. 229;)
9. der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner geſchloſſenen Contracte herrührenden Forderung, (S. 204.)

Eine ſehr verwickelte Frage dabey iſt aber: ob unter dieſen Gläubigern noch ein beſonderer Vorzug Statt gefunden, oder ob der Vorzug lediglich durch die allgemeine Regel von der Erſtigkeit der Zeit, wovon ich hernach noch ausführlicher reden werde, beſtimmt worden ſey. — Daſs ein Vorzug Statt gefunden habe, zeigen die Geſetze wohl deutlich genug; aber die Frage: welche privilegirte Hypothek gerade der andern den Rang ſtreitig gemacht, iſt deſto ſchwerer zu beantworten und unter den Juriſten ſehr ſtreitig. Der Grund des Streits iſt hauptſächlich in den groſsen Vorrechten zu ſuchen, welche *Juſtinian* dem Brautſchatze beylegte, und wodurch er denſelben vor andern Schulden, die aus des Mannes Vermögen bezahlt werden muſsten, ſo ſehr erhob. In der *L.* 12 *C. qui potior. in pignor.* ſagt *Juſtinian* mit ausdrücklichen Worten: *Sancimus, ex ſtipulatu actione, quam mulieribus iam pro dote inſtituendam dedimus, cuique etiam tacitam donavimus, ineſſe hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis privilegio vallati, — — licet res dotales vel ex his aliae comparatae non exſtent.* — Offenbar legt das Geſetz der Ehefrau wegen ihres Brautſchatzes den Vorzug vor allen Gläubigern des Mannes bey, wenn auch dieſelben

ältere Hypotheken geniesſen. Es würde auch das Geſetz ſehr miſsverſtanden heiſsen, wenn man, wie einige Rechtslehrer glauben, i) annehmen wollte, daſs *Juſtinian* der Frau den Vorzug bloſs vor ſolchen ältern Pfandgläubigern hätte einräumen wollen, welche mit einer ſtillſchweigenden, nicht aber vor denen, welche mit einer vertragsmäſsigen u. ſ. f. Hypothek verſehen ſind, indem *Juſtinian* in ſeinem Geſetze keinen Unterſchied macht, und es gerade ſeiner Abſicht entgegen ſeyn würde, wenn wir einen ſolchen Unterſchied machen wollten. Ueber dies hat *Juſtinian* in der *Nov.* 97, Kap. 3, der Ehefrau wegen ihres Brautſchatzes auch den Vorzug vor ſolchen Perſonen beygelegt, welche zur Erwerbung, Wiederherſtellung und nothwendigen Erhaltung einer Sache Geld angeliehen, und ſich ein Unterpfand bedungen hatten, mithin alſo ſogar vor privilegirten Pfandgläubigern. *Novimus*, (heiſst es in der gedachten Novelle,) *et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere iuniores exiſtentes, ex privilegiis a legibus datis: quale eſt, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forſan aedificare, aut etiam emi agrum aut aliquid horum: in his enim omnibus priores exiſtunt poſteriores creditores, quorum pecuniis emta aut renovata res eſt, iis, qui etiam multo antiquiores ſunt. Quaeſitum eſt igitur, ſi mulier praetendens privilegium ſuper antiqua dote et augmentum, in quo etiam hoc ſervatur privilegium, (ſicuti praedictum eſt,) prioribus voluerit praeponi creditoribus: veniat autem et alter creditor poſterior quidem, praetendens pecuniis ſuis, emtam aut reparatam navem, aut domum, aut agrum, aut competere eum in his rebus, quae eius pecuniis emtae aut reparatae ſunt, habere dictum privilegium: utrum oporteat dotem etiam talibus praeponi: in aliis quidem praevalere creditoribus, quicunque non talia praetendunt; his autem cedere, quoniam ex eorum ſubſtantia res acquiſita eſt. Plurimum igitur ſuper his cogitantes, non invenimus mulierem iuſte exigentem cedere alicui tali privilegio, — — volumus igi-*

i) *Leyſer Medit. ad D.*, Sp. 13, M. 13. *Weſtphal Verſuch einer Erläuterung der Römiſchen Geſetze vom Pfandrechte*, S. 236. u. a. m. Vergleiche übrigens noch *Car. Frid. Walch reliquiae controverſ. inter Bulgarum de Bulgaris et Martinum Goſiam de praelatione dotis.* Ien. 1785.

tur secundum hoc, ut si quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere. — —

Justinian erkannte selbst in diesem Gesetze das Pfandrecht derjenigen Personen, welche zur Wiederherstellung, zum Ankaufe und zur nothwendigen Erhaltung einer Sache Geld hergeschossen hatten, für so wirksam an, dass es allen übrigen Pfandgläubigern vorgehen kann; allein dem Brautschatze will er doch dasselbe nachgesetzt wissen. Indess wenn wir auf den Sinn dieser Justinianeischen Verordnung genau Rücksicht nehmen, so ist solche keinesweges so allgemein, als viele Rechtslehrer [k]) sie annehmen; denn *Justinian* will hier nur bloss diejenigen dem Brautschatze nachgesetzt wissen, welche ein jüngeres privilegirtes Pfandrecht wegen des zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung einer Sache creditirten Geldes erhalten haben, [l]) indem sonst nicht von einer *Dos antiqua* und einem *Creditor posterior* die Rede würde seyn können. In der angeführten Novelle ist daher bloss entschieden worden, dass die Ehefrau wegen ihres Brautschatzes denjenigen vorgezogen werden soll, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung einer Sache creditirt haben, wenn diese erst nach der Einbringung des Brautschatzes zu dem eben gedachten Zwecke Geld vorschossen und alle ein jüngeres privilegirtes Pfandrecht erhielten. Diejenigen also, welche vor der Einbringung des Brautschatzes eine Anleihe der mehrgedachten Art gemacht, und also ein älteres privilegirtes Pfandrecht erhalten haben, gehen auch dem Brautschatze vor, und es scheint, als wenn dieser Satz bey den Römern nie bezweifelt worden, denn sonst würde *Justinian* seine Entscheidung viel allgemeiner gefasst, und nicht von *Dos antiqua* gesprochen haben.

Gesteht nun gleich *Justinian* der *Dos antiqua* vor jüngern privilegirten Pfandrechten der mehrerwähnten Art den Vorzug zu, so macht er jedoch selbst in Ansehung des *Crediti in emendam militiam* in dem vierten Kapitel der *Nov.* 97 einiger Massen eine Ausnahme. *Quia vero,* (heisst es daselbst,) *et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum mi-*

k) Z. B. *Ioh. Aug. Hellfeldt* in D. *de diverso pignoris iure* etc., §. 19; in *Opuscul.*, No. VII. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 171.

l) Arg. *auth. quo iure C. qui pot. in pign.*, welche aber aus der *Nov.* 97 erklärt werden muss.

litant pecuniis, et oportet eos, qui in has crediderunt causas, praeponi: sancimus: si quis crediderit aurum occasione militiae, sive statutum fieri vel pro aliis quibusdam talibus causis; et expressim hoc ipsum scribatur in instrumento: et in hoc fiat pactum; ut casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc crediderit, et huic solo casui cedere mulierem; neque facile credendum, neque per testes sed negotio ex scripto gesto, et testium habente subscriptiones, et ipso opere procedente: tunc enim, si per omnem huiusmodi viam causa procedat, suspicionem non habeat, et competit contrahentes propriis non privari: aliis omnibus praevalere mulierem, secundum quod iam a nobis datum privilegium. Nach diesem Gesetze soll derjenige Gläubiger der Ehefrau in Ansehung des Brautschatzes vorgezogen werden, welcher *in emendam militiam* creditirt, und sich ein Unterpfand ausbedungen hat, wenn er auch gleich jünger ist, voraus gesetzt nur, dass er sich in einer schriftlichen und von Zeugen beglaubigten Urkunde, worin des *Crediti in emendam militiam* ausdrücklich Erwähnung geschieht, hat versprechen lassen, dass ihm ausschliesslich wegen seiner Forderung das Vorzugsrecht gebühren solle.

Ich habe oben, (S. 231,) bereits beyläufig gezeigt, dass der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld dem Brautschatze der Ehefrau nach dem ältern Rechte vorgezogen worden ist; und nach dem allgemeinen Entscheidungsgrunde, welcher in der *L. 3 C. de primip.: praeferenda est privatorum contractibus*, enthalten ist, zu urtheilen, kann man wohl annehmen, dass das gedachte Vorzugsrecht auch allen übrigen fiscalischen Forderungen zugestanden habe. Ob aber dieses Vorzugsrecht sich, nachdem *Justinian* die Vorrechte des Brautschatzes so ansehnlich erhöhet hat, und nach dem neuern Römischen Rechte vertheidigen lasse, ist eine andere Frage. — Ich glaube allerdings, und zwar aus folgenden Gründen: 1. Hat *Justinian* die ältern Gesetze, welche von den Vorzügen des Fiscus reden, nicht ausdrücklich aufgehoben: und wenn er gleich in der *L. ult. C. qui potiores in pignore* von der Ehefrau sagt, dass sie in Hinsicht auf ihren Brautschatz *potiora iura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati*, haben soll; so ist doch hier unter der allgemeinen Benennung: der Gläubiger des Ehemannes, gewiss nicht der Fiscus, am allerwenigsten, wie er doch hier betrachtet werden muss, in der Qualität eines privilegirten

Pfandgläubigers zu verstehen. Dazu kommt 2., dass selbst *Justinian* den Fiscus eben so wie seine Vorfahren begünstigte, und kann daher das, was *Justinian* von dem Brautschatze in Beziehung auf andere Gläubiger fest gesetzt hat, nimmermehr auch von dem Fiscus gelten und auf diesen angewendet werden. Ich halte daher dafür, dass nicht nur der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld, sondern auch der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner abgeschlossenen Contracte herrührenden Forderung, in so fern das von demselben nach dem Contracte erworbene Vermögen zureicht, [m]) und überall der Fiscus wegen seiner Forderungen dem Brautschatze der Ehefrau in der Befriedigung vorgezogen worden sey. Denn alle Mahl bleibt es gewiss, dass die Erhebung des Brautschatzes nirgends zum Nachtheile der fiscalischen Rechte geschehen ist, sondern dass dieselben, wenn gleich nicht ausdrücklich, doch stillschweigend dabey aufs beste sind erhalten worden.

Den Vorzug des Brautschatzes vor den Forderungen des Fiscus hat noch in neuern Zeiten *Runde* [n]) zu vertheidigen gesucht. Er meint: die *L.* 12 *C. qui potiores in pignore* verfüge allgemein: die Ehefrauen sollten wegen des Brautschatzes *potiora iura contra omnes mariti creditores* haben, *licet anterioris sint temporis privilegio vallati:* wo aber das Gesetz keine Ausnahmen mache, dürfe auch der Rechtsgelehrte sie nicht machen; folglich müsse auch der Brautschatz den fiscalischen Forderungen vorgehen, da der Fiscus gleichfalls Gläubiger des Mannes sey. Es dürften auch die Worte: *licet anterioris sint temporis privilegio vallati,* nicht auf die Regel: *prior tempore potior iure,* eingeschränkt werden, sondern wären vielmehr von den Vorzügen, welche einzelnen Forderungen, — besonders den fiscalischen, — nach älterm Rechte beygelegt worden, zu verstehen. Dazu komme, dass es in der *L.* 12 *C. qui potior. in pignore* heisse:

m) Das Gegentheil behauptet *Walch in Controvers. iur. civil.*, p. 802, nebst andern daselbst angeführten Rechtslehrern, aus dem Grunde, weil *L.* 28 *D. de iure fisci* bloss des Vorzugsrechts des Fiscus vor einem simpeln hypothekarischen Gläubiger Erwähnung thue. Allein die dürre Entscheidung in diesem Gesetze, dass der Fiscus in den nach abgeschlossenem Contracte von dem Schuldner erworbenen Gütern das Vorzugsrecht haben soll, und der von *Ulpian* hinzu gefügte Grund: *praevenit enim causam pignoris fiscus*, rechtfertigen sehr gut meine Behauptung.

n) Comm. *de historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati*, pag. 82 seq.

Oportebat enim disponi, maritos creditoribus suis ex substantia sua satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet, vel a semet ipsa dotam, vel pro ea ab aliis.

Allein was zuvörderst diese letztere Verfügung der *L.* 12 *C. qui pot. in pign.* betrifft, so paſst solche hier gar nicht. Sie betrifft lediglich den Fall, wenn zum Brautschatze gehörige Sachen noch unter dem Vermögen des Mannes befindlich sind. Diese sollen abgesondert, der Frau heraus gegeben und nicht zur Befriedigung der Gläubiger zugezogen werden. Wollten wir das Gesetz anders erklären, so würde auch der Brautschatz den Leichenkosten vorgehen müssen, was doch selbst *Runde* nicht behauptet. Was hiernächst die Worte des Gesetzes: *potiora iure* u. s. w., auf welche sich *Runde* vorzüglich gründet, betrifft; so würden wir den Gesetzen offenbar Gewalt anthun, wenn wir das: *licet anterioris sint temporis privilegio vallati,* auch von Forderungen erklären wollten, welchen nach dem ältern Rechte Vorzüge verliehen worden sind. Zuerst würden alsdann wieder selbst die Leichenkosten dem Brautschatze nachstehen müssen, wovon doch das Gegentheil zu deutlich selbst aus *Justinians* Aeusserungen erhellet. Dann aber zweytens zeigt auch der Sprachgebrauch in den übrigen Gesetzen, daſs *anterioris temporis privilegium* weiter nichts als den Vorzug andeutet, der sich auf die Regel: *prior tempore potior iure*, gründet, und diesen Sprachgebrauch müssen wir doch vor allen Dingen bey der Erklärung eines zweydeutigen Gesetzes zum Grunde legen. Dazu kommt endlich noch drittens, daſs der fiscalische Vorzug, der wenigstens nach ältern Gesetzen nicht dem mindesten Zweifel unterworfen ist, dem *Justinian* gewiſs eben so nahe lag, als seinen Vorgängern, und er daher gewiſs bey allen dem Brautschatze eingereimten Vorzügen nicht daran dachte, solchen auch den fiscalischen Forderungen vorzusetzen. Unter so einleuchtenden Gründen können denn auch die Sentenzen des *Paulus* in der *L.* 85 *D. de divers. reg. iur.: in ambiguis pro dotibus respondere melius esse*, als des *Modestin* in der *L.* 10 *D. de iure fisci: non delinquit is, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*, weiter nicht in Betrachtung kommen.[o])

Es fragt sich nun noch: ob der Fiscus auch denjenigen sey vorgezogen worden, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Ausbesserung

o) Man kann hier noch vergleichen: *Finestres de iure dotium*, 245.

einer Sache Geld hergeschossen haben, indem selbst *Justinian* von diesen in der *Nov.* 97, Kap. 3, sagt, dass sie sonst allen andern Creditoren vorgehen müssen, und im entgegen gesetzten Falle gewiss kein Streit darüber hätte entstehen können, ob sie oder der Brautschatz den Vorzug haben sollte. Da in den Gesetzen hierüber nichts deutlich bestimmt ist, so müssen wir uns mit der Analogie zu helfen suchen. Wenn wir auf den Grund Rücksicht nehmen, warum diejenigen, welche zur Erkaufung, Wiederherstellung und nothwendigen Verbesserung einer Sache Geld hergeschossen haben, einen Vorzug vor andern Gläubigern geniessen sollen, Rücksicht nehmen; so scheint es fast keinem Zweifel unterworfen zu seyn, dass ihm der Fiscus mit seinen Forderungen nachstehen müsse. Sie sollen nämlich den eben gedachten Vorzug um desswillen haben, weil durch ihr Geld der Zustand der übrigen Gläubiger gebessert worden ist, und diese ohne dies entweder die Sache ganz hätten entbehren müssen, oder doch daraus den gewünschten Vortheil nicht hätten ziehen können. Dieser Grund allein würde schon hinlänglich seyn, ihm auch den Vorzug vor den fiscalischen Forderungen zuzugestehen. Nun aber kommt dagegen wieder in Betrachtung, dass dem Fiscus das Vorzugsrecht allgemein und vor allen Gläubigern, selbst dem Brautschatze, wenn er auch noch so grossen Vorzug hat, beygelegt worden ist, und dass ferner nach der *Nov.* 97 diejenigen, welche zur Erkaufung einer *Militia* creditirt haben, nur dann dem Brautschatze vorgehen sollen, wenn sie sich das Vorzugsrecht ausdrücklich stipulirt haben. In eben dieser *Novelle*, Kap. 3, hatte bereits *Justinian* der *Dos antiqua* den Vorzug vor jüngern Pfandgläubigern gestattet, welche zur Erkaufung, Erbauung und Wiederherstellung einer Sache creditirt haben. Daraus folgt meines Erachtens so viel: In so fern von dem Verhältnisse dieser Gläubiger zu dem Brautschatze die Rede ist, geht ihnen die *Dos antiqua* immer vor, und nur vor dem jüngern Brautschatze geniessen sie den Vorzug. Da nun hieraus folgt, dass ihr Vorzugsrecht kein absolutes ist, so wie das Vorzugsrecht der Leichenkosten, und nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze den fiscalischen Forderungen die Güter des Schuldners *primo loco* haften; so glaube ich annehmen zu dürfen, dass nach dem neuern Römischen Rechte ihnen der Fiscus durchgehends vorgezogen worden sey.

Die Ordnung: in welcher nach dem Römischen Rechte die privilegirten hypothekarischen Gläubiger befriedigt wurden, bestimmt man wohl am besten,

wenn man annimmt, daſs vor allen Dingen der Fiscus wegen ſeiner Forderung befriedigt werden muſste. Hiernächſt folgte derjenige, welcher *in emendam militiam* creditirt, und in einer von Zeugen unterſchriebenen Urkunde ſich die Präcedenz ausdrücklich vorbehalten hatte. Darauf kam der Brautſchatz, und ihm folgten diejenigen, welche zur Erkaufung, Erbauung und Wiederherſtellung einer Sache, desgleichen die, welche *in emendam militiam* creditirt, ſich aber ein Vorzugsrecht nicht ausdrücklich bedungen hatten. Ich habe zwar oben bemerkt, daſs nur der *Dos antiqua* der Vorzug vor denen geſtattet worden ſey, welche zur Erkaufung, Erbauung und Wiederherſtellung einer Sache creditirt hatten, und es möchte daher ſcheinen, als wenn ich hier, wo ich dem Brautſchatze unbedingt vor ihnen den Vorzug einräume, weiter ginge, als die Geſetze es wollen. Allein es iſt hier zu erwägen, daſs, wenn nach der *Nov.* 97 diejenigen, welche *in emendam militiam* creditirt haben, und bey welchen doch ein gleicher Grund des Vorzugs, als bey denen, welche zur Erbauung, Erkaufung und Wiederherſtellung einer Sache Geld vorgeſchoſſen haben, vorhanden ſeyn würde, durchaus dem Brautſchatze nachgeſetzt werden, wenn ſie ſich die Präcedenz nicht zur ausdrücklichen Bedingung in einer Urkunde gemacht haben, man eine gleiche Nachſetzung derjenigen behaupten muſs, welche zur Erkaufung u. ſ. w. einer Sache Geld dargeliehen haben. — Denn wenn *Juſtinian* ſich bey denen, welche *in emendam militiam* creditirt hatten, verleiten lieſs, zu Gunſten des Brautſchatzes den Grund des ältern Vorzugsrechts ſo ganz bey Seite zu ſetzen, und wenn er ſogar ihnen nur die Präcedenz alsdann einräumte, wenn ſie in einer von Zeugen unterſchriebenen und feyerlich errichteten Urkunde ſich ſolche ausbedungen hatten; ſo iſt nicht abzuſehen, wie man in Anſehung derjenigen, welche zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. w. einer Sache Geld vorgeſchoſſen haben, noch das ältere Vorzugsrecht aufrecht erhalten könnte.

Die übrigen privilegirten Hypotheken rangirten bey den Römern nach der Zeitordnung und mit Hinſicht auf die Regel: *Prior tempore potior iure.* Doch galt auch hier das, was ich hernach von den ſchlechten hypothekariſchen Gläubigern über das Vorzugsrecht noch beſonders ſagen werde.

Auf die privilegirten hypothekariſchen Gläubiger folgten die ſchlechten hypothekariſchen Gläubiger, (*Creditores hypothecarii ſimplices.*) Die unter ihnen zu beobachtende Ordnung beſtimmte nach dem ältern Rechte allein die Re-

gel: *Prior tempore potior iure*, ohne alle Rückſicht auf die Gattung des Pfandrechts. *Prior tempore* war der Gläubiger, welcher zuerſt Geld vorgeſchoſſen und eine Hypothek erhalten hatte; *poſterior* hingegen der, welcher zwar früher Geld vorgeſtreckt, dem aber ſpäterhin erſt eine Hypothek zu Theil geworden war. p) Leichter liefs ſich hier die Priorität beſtimmen bey conventionellen teſtamentariſchen und prätoriſchen Unterpfandsrechten, ſchwerer fiel ihre Beſtimmung häufig bey den geſetzlichen oder ſtillſchweigenden Hypotheken. Die Geſetze beſtimmen zwar den Anfang der letztern folgender Geſtalt: Die zur Sicherung der Forderungen, welche aus der Verwaltung fremder Sachen entſpringen, geſetzlich angeordneten Hypotheken; als z. B. die Hypothek des Fiscus wegen der Primipilar-Schuld und in dem Vermögen ſeiner Verwalter, die Hypothek der Kinder in dem Vermögen ihrer Aeltern, und der Pupillen und Minderjährigen in dem Vermögen ihrer Vormünder und Curatoren, nehmen von der Zeit ihren Anfang, da die Adminiſtration angetreten worden iſt; q) die Hypothek, welche den Kindern in dem Vermögen des Stiefvaters beygelegt worden iſt, wenn die Mutter ſich vor abgelegter Vormundſchaft wieder verheurathet, fängt von dem Tage der zweyten Verehelichung an; die Hypothek des Fiscus wegen der Steuern und Abgaben fängt an von der Zeit, da ſolche auferlegt worden ſind; r) und die fiscaliſche Hypothek zur Sicherung der contractmäſsigen Forderungen von der Zeit an, da der Contract abgeſchloſſen worden iſt; die zur Sicherheit des Brautſchatzes ertheilte Hypothek wird von der Zeit der Ehe an gerechnet, wenn gleich die *Dos* vorher verſprochen oder ausgezahlt worden iſt; s) und die Hypothek, welche zur Sicherung der Vermehrung des Brautſchatzes und der Paraphernalien iſt eingeführt wor-

p) *L.* 11 *pr. D. qui pot: in pign.*: Potior eſt in pignore, qui prior credidit pecuniam et acceperit hypothecam: quamvis cum alio convenerat, ut, ſi ab eo pecuniam acceperit, ſit res obligata, licet ab hoc poſtea accepit. *L.* 2 und 7 *C. qui pot. in pign.*

q) Arg. *L.* 6, §. *fin. C. de bonis quae liberis*: Cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis caſibus introduxerunt, quas nos in maternis, — — et dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio an ex eo, (tempore,) ex quo male aliquid geſtum eſt? compendioſa enarratione interpretamur, initium gerendae vel deferendae adminiſtrationis vel obſervationis eſſe ſpectandum, et non tempus, ex quo male aliquid geſtum fuerit. Vergleiche noch *H. G. Bauer ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat.* Lipſ. 1761.

r) Arg. *L.* 1 *C. ſi propter publ. penſit.*

s) *Leyſer Medit. ad D.*, Spec. 226, Med. 6.

den, von der Zeit, da das *Augmentum dotis* entſtand und die Paraphernalien dem Manne überlaſſen wurden. Das geſetzliche Unterpfand, deſſen ſich der Ehemann zur Sicherung des verſprochenen Brautſchatzes zu erfreuen hat, nimmt, wenn der Brautſchatz vor der Ehe verſprochen worden iſt, von der Zeit der abgeſchloſſenen Ehe, und wenn das Verſprechen hernach geſchehen iſt, von der Zeit des angenommenen Verſprechens, und wenn die *Dos* endlich ohne alles vorgängige Verſprechen ſogleich ausgezahlt worden iſt, von der Zeit der geſchehenen Auszahlung an ſeinen Anfang. In Anſehung der den Legatarien verſtatteten ſtillſchweigenden Hypothek ſcheint ohne alle weitere Rückſicht auf die Art des Vermächtniſſes der Todestag des Erblaſſers den Anfang der Hypothek zu begründen, [t]) und das Pfandrecht des Verpachters eines *Praedii ruſtici* an den Früchten nimmt von der Zeit ſeinen Anfang, da die Früchte von der Subſtanz abgeſondert worden ſind, ſo wie das Pfandrecht des Vermiethers an den *Invectis* und *Illatis* von der Zeit anfängt, da die Illation geſchehen iſt. — Der Anfang der ſtillſchweigenden Hypotheken war zwar, wie ich bereits bemerkt habe, in den Geſetzen beſtimmt, allein deſſen ungeachtet zeigten ſich immer groſse Schwierigkeiten, wenn der Anfang des einen oder des andern Pfandrechts beſtritten wurde. Mehrere Geſetze zeigen dies, worin Streitigkeiten über den Anfang der ſtillſchweigenden Pfandrechte vorkommen; beſonders wurde der Anfang der ſtillſchweigenden Hypothek des Brautſchatzes, des Augmenti dotis, der Paraphernalien und der Legatarien häufig beſtritten.

Bey den ſchlechten Hypotheken galt alſo nach dem ältern Rechte durchgängig die Regel: *Prior tempore potior iure*, und wurde auch auf die privilegirten Unterpfänder angewendet, in ſo fern nicht ein beſonderer Vorzug bey dieſen in den Geſetzen beſtimmt war. Ob die Hypothek eine allgemeine oder beſondere war, kam nicht in Betrachtung, auſser daſs der Beſitz der verpfändeten Sache zufällig den Vorzug gewähren konnte, weil der *Curator bonorum*, wie ich oben gezeigt habe, erſt die Forderung bezahlen muſste, ehe er die Sache zur Gütermaſſe zurück fordern durfte. [u]) — Erſt unter dem Kaiſer *Leo* iſt in

t) *L.* 5, §. 1 *D. quando dies legat. cedat.* *Runde c. l.*, §. 68.

u) Aber konnte denn nicht ein älterer hypothekariſcher Gläubiger das Unterpfand von dem Beſitzer abfodern? Nach der *L.* 12 *pr. et* §. *fin. qui potiores in pignore*, „*in*

Absicht der mehrmahls bemerkten Regel eine Abänderung erfolgt, seitdem nämlich dieser Kaiser in einer besondern Verordnung denjenigen Gläubigern unbedingt den Vorzug eingeräumt hat, welche ihr Pfandrecht auf öffentliche Instrumente begründen, und daraus den Anfang desselben beweisen würden. Es heisst in der *L.* 11 *qui potiores in pignore: Scripturae, quae saepe solent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne transigendi vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae* ἰδιόχειρα *graece appellantur; sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris, vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur. Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.* Der ganze Inhalt des Gesetzes läſst sich füglich unter drey Abschnitte bringen. Im ersten Abschnitte verordnet *Leo*, daſs, wenn eine Personal-Klage angestellt wird, die über das Geschäft, woraus solche entspringt, angefertigten Instrumente, so oft als sie nur von den Contrahenten eigenhändig unterschrieben worden, als *Instrumenta quasi publica* gelten sollen. Im zweyten Abschnitte wird gesagt, daſs, wenn

pignore placet, si prior convenerit, de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem," gewährt doch das Faustpfand keinen Vorzug vor der Hypothek. Ich glaube nicht. Durch den Eintritt des Schuldenwesens, und besonders durch die Bestellung eines *Curatoris bonorum,* war die Rechtsverfolgung auf Seiten der einzelnen Gläubiger gehemmt, und der *Curator bonorum* repräsentirte zusammt den Gläubigern hier den Schuldner. Unstreitig stand jedoch einem ältern hypothekarischen Gläubiger die Verfolgung seines Rechts zu, wenn er sich mit den übrigen Gläubigern in die ihm nachtheilige Gemeinschaft nicht einlassen, auf allen Anspruch an der constituirten Gütermasse Verzicht leisten, und sich bloſs an die ihm verpfändete Sache halten wollte. Die Eigenschaft des Römischen Schuldenwesens lieſs eine solche abgesonderte Rechtsverfolgung allerdings zu.

jemand aus dergleichen Instrumenten ein Pfandrecht verfolgen würde, alsdann demjenigen der Vorzug zuständig seyn solle, welcher sich auf öffentliche Documente stützen könnte, wenn er auch gleich der Zeit nach jünger seyn sollte. Im dritten Abschnitte heisst es, dass solche Instrumente, welche mit der Unterschrift von drey oder mehrern beglaubten und in gutem Rufe stehenden oder unverdächtigen Männern wären bekräftigt worden, als *Instrumenta quasi publica* angesehen und den öffentlichen gleich gestellt werden sollten.

Der Inhalt dieser Verordnung zeigt es mehr denn zu deutlich, dass solche eigentlich zu der Lehre von Instrumenten gehört, ob sie gleich vermuthlich aus dem Grunde, weil des Pfandrechts darin gedacht wird, dem Titel des Codex: *qui potiores in pignore*, einverleibt worden ist. Der Grund von dem allen, was in diesem Gesetze gesagt worden ist, ist in der so himmelweit verschiedenen Beweiskraft zu suchen, welche die Römer öffentlichen und Privat-Urkunden beylegten, wozu noch kam, dass von geldbedürftigen Schuldnern mit dem Zurückdatiren der Pfandverschreibungen so viel Unfug verübt wurde. Die Römer unterschieden öffentliche Instrumente, (*Instrumenta publica*,) d. i.: solche, welche vor der Obrigkeit oder mit Zuziehung irgend einer *Persona publica* errichtet waren, von den Privat-Instrumenten, (*Instrumentum privatum* ἰδιόχειρα,) welche nur von den Contrahenten unterzeichnet waren, wobey auch allenfalls ein Paar Zeugen waren zugezogen worden. Solche Privat-Instrumente hatten keine Beweiskraft gegen einen Dritten, [v]) wohin auch der Fall gehörte, wenn jemand daraus gegen andere Gläubiger die Priorität darthun wollte; wenigstens hielt man sie für höchst verdächtig, indem die Erfahrung lehrte, dass so viele Betrügereyen mit den Pfandbestellungen verbunden waren. Prüfen wir hiernach die drey Abtheilungen des Leoninischen Gesetzes, so fällt es nicht schwer, einer jeden derselben auf den wahren Grund zu kommen. Der Kaiser *Leo* verstattet in der ersten Abtheilung des Gesetzes, dass so wohl aus öffentlichen als Privat-Instrumenten persönliche Klagen sollen angestellt werden können, hier also aller Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Instrumenten wegfallen soll. Und warum? Weil persönliche Klagen nur gegen diejenigen, mit welchen das Geschäft verhandelt worden, und die angestellt werden können, welche deren *Facta* zu prä-

v) *Heineccii Iurispr. Rom. et Attica*, I, p. 1140.

ſtiren verbunden ſind. In beyden Fällen aber iſt von der Regel: *Scriptura contra ſcribentem probat*, Gebrauch zu machen, und kann daher der Unterſchied zwiſchen öffentlichen und Privat-Inſtrumenten nicht weiter in Betrachtung kommen. Ein ganz anderes Verhältniſs tritt bey dinglichen Klagen ein, und daher hält *Leo* in der zweyten Abtheilung ſeines Geſetzes ſehr auf den Unterſchied zwiſchen einem öffentlichen und Privat-Inſtrumente, und verſtattet denjenigen den Vorzug, welche aus einem öffentlichen Inſtrumente das Pfandrecht verfolgen, vor andern, die ein Gleiches thun, aber ſich auf ein Privat-Inſtrument dabey begründen, wenn auch gleich das Pfandrecht der letztern nach dem Inſtrumente älter iſt; denn unter mehrern Pfandgläubigern giebt die Erſtigkeit der Zeit den Ausſchlag. Dieſe aber läſst ſich nicht füglich gegen den, der ſich auf ein öffentliches Inſtrument begründet, aus einem Privat-Inſtrumente beweiſen. Man kann ſich nicht darauf verlaſſen, ob die Privat-Inſtrumente nicht zurück datirt ſind, indem die Erfahrung lehrt, daſs die Schuldner, theils um Geld zu bekommen, theils um einen Gläubiger zu begünſtigen, ein älteres Datum in die Pfandverſchreibung ſetzen. Sehr weiſe war daher die Verordnung des Kaiſers *Leo*, daſs ein in einem öffentlichen Inſtrumente ertheiltes Pfandrecht dem in einem Privat-Inſtrumente ertheilten vorgezogen werden ſoll, und eben ſo weiſe die, welche in der dritten Section des Geſetzes enthalten iſt, daſs Privat-Urkunden, welche mit der Unterſchrift dreyer oder mehrerer unbeſcholtenen Männer verſehen ſind, in Abſicht der Beweiskraft den öffentlichen Urkunden zur Seite ſtehen ſollen, — *Teſtamenta quaſi publica* und *Pignora quaſi publica*. Denn auch hier fällt der Verdacht einer von dem Schuldner begangenen Verfälſchung weg.

Die Abſicht der Leoniniſchen Conſtitution iſt offenbar, den Unterſchleif, den etwa die Schuldner bey der Beſtellung der Unterpfänder begehen könnten, zu verhüten. Da es alſo nach derſelben nur auf einen völligen Beweis der eigentlichen Zeit der Ausſtellung anzukommen ſcheint, ſo ſollte man glauben, daſs das Geſetz nicht miſsverſtanden werde, wenn man einer ältern ſchriftlich ertheilten Privat-Hypothek, bey der die Zeit der Ausſtellung auf andere Art als durch das bloſse Bekenntniſs des Schuldners, und ganz zuverläſſig erwieſen werden kann, den Vorzug vor einer jüngern öffentlichen oder gleichſam öffentlichen verſtatten wollte. Allein da der Kaiſer *Leo* einmahl in Rückſicht auf die Hypo-

theken, welche aus einem Instrumente verfolgt werden, etwas bestimmtes fest setzen wollte, so würde, wenn man davon abweichen wollte, das Gesetz wieder untergraben werden, und muss man daher bey der Vorschrift desselben ohne alle Einschränkung stehen bleiben. w)

Man mag bey der Verordnung des Kaisers *Leo* auf den blossen Wortverstand, oder auf den Sinn derselben sehen; in beyden Fällen wird man finden, dass darin weiter nichts als dieses enthalten ist, dass, im Falle der Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger, wovon einige sich auf öffentliche, andere hingegen sich auf Privat-Urkunden begründen, die erstern den letztern vorgezogen werden sollen. Das Gesetz geht also bloss diejenigen Pfandgläubiger an, welche ihr Pfandrecht aus Urkunden verfolgen. Da aber schriftliche Aufsätze zur Bestellung eines Pfandrechts nicht nöthig sind, sondern bloss zum Beweise dienen, so giebt es auch Hypotheken ohne Instrumente, deren Gültigkeit nichts desto weniger einem Zweifel unterworfen ist. Dahin gehören alle stillschweigende oder gesetzliche Hypotheken, und selbst diejenigen Privat-Hypotheken, die vor Zeugen oder sonst ohne Dazwischenkunft von Instrumenten bestellt worden sind. Auf alle diese ist die Verordnung des Kaisers *Leo* nicht anzuwenden, die bloss bestimmt, was Rechtens seyn soll, wenn mehrere Pfandgläubiger mit einander concurriren, wovon einige aus öffentlichen, andere hingegen aus Privat-Instrumenten ihre erhaltenen Hypotheken verfolgen. Bey allen andern schlichten Hypotheken muss es daher nach der Regel: *Prior tempore potior iure*, gehen. x)

So sehr auch die Richtigkeit des bisher Vorgetragenen in die Augen springt, so fehlt es doch nicht an Rechtslehrern, y) welche aus der *L.* 11 *C. qui potior. in pign.* den Satz vertheidigen, dass den öffentlichen Hypotheken darin vor allen andern der Vorzug eingeräumt werden, mithin auch die stillschweigenden Hypotheken den öffentlichen nachstehen müssen. Denn, (sagen sie,) da vorher alle nicht-privilegirte Hypotheken nach dem Alter ihren Platz angewiesen erhielten;

w) *Ernst Christ. Westphal* im Pfandrechte, S. 146.

x) Vergleiche *Runde a. a. O.*, §. 64. *Hellfeldt de praerogativa hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente*, §. 20 seq.; in *Opuscul.*, No. IX, p. 205. *Erxleben de iure pignoris et hypothecarum*, §. 243.

y) Z. B. *Lauterbach* D. *de pignore taciti*, §. 48. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 211.

so scheint es nicht nur, sondern ist auch unstreitig gewiss, dass der Kaiser *Leo*, indem er den Hypotheken, deren Alter aus einem öffentlichen Instrumente dargethan werden konnte, den Vorrang ertheilte, die gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken nach gleichen Grundsätzen mit den Privat-Hypotheken beurtheilt und auch ihnen die öffentlichen vorgezogen wissen wollte. Ueber dies halten sie die Verordnungen des Kaisers *Leo* für ein correctorisches Gesetz, das überhaupt zur Absicht gehabt habe, eine Veränderung in der Rangordnung der Hypotheken hervor zu bringen.

Allein prüft man diese Gründe nur mit einiger Aufmerksamkeit, so ist ihre Unrichtigkeit so auffallend, dass es nur ein Paar Worte bedarf, um sie in ihrer ganzen Blöfse darzustellen. Denn so ist es 1. den klaren Worten des Gesetzes entgegen, dass Kaiser *Leo* überhaupt den öffentlichen Hypotheken vor den Privat-Hypotheken den Vorzug habe ertheilen wollen. In der *L.* 11 *C. de pignor.* kommt mit keiner Sylbe etwas über den Unterschied zwischen öffentlichen und Privat-Hypotheken vor, sondern die ganze Verfügung dieses Gesetzes betrifft einzig und allein die Beweiskraft der Instrumente, und darauf gründet sich auch nur die Entscheidung, dass Hypotheken, deren Alter aus einem öffentlichen oder gleichsam öffentlichen Instrumente erhellet, denen vorgezogen werden sollen, wo dieses nur durch ein Privat-Instrument beglaubigt werden kann. Nirgends aber sagt Kaiser *Leo* ganz allgemein, dass eine Hypothek, auf welche man aus einem öffentlichen Instrumente Anspruch macht, einer Hypothek vorgehen solle, welche nicht aus einem Instrumente, sondern auf eine andere Art erwiesen werden kann. Und wie konnte er solches auch sagen, oder nur einmahl daran denken, wenn man auf den Grund des Gesetzes Rücksicht nimmt? — Auf keinen Fall läfst es sich auch 2. beweisen, dass Kaiser *Leo* die stillschweigenden Hypotheken nach gleichen Grundsätzen mit den Hypotheken aus einem Privat-Instrumente beurtheilt, und da er den Hypotheken aus einem öffentlichen Instrumente den Vorzug vor ihnen eingeräumt, auch dieses in Ansehung der stillschweigenden habe fest setzen wollen. Zwar bin ich weit davon entfernt, mit *Hellfeldt* z) zu behaupten, dass den stillschweigenden Hypotheken der Vorzug vor denjenigen gebühre, deren Daseyn und Alter aus Privat-Documenten er-

z) *A. a. O.*, §. 24.

hellet, und daher Gründe zur Vertheidigung meiner Behauptung zu nehmen; sondern schon der Grund der Leoninischen Verordnung bürgt dafür, dass Kaiser *Leo* die aus einem öffentlichen Documente erhellenden Hypotheken den stillschweigenden nicht vorgezogen wissen wollte. Denn wie kann der Unterschleif, der bey Privat-Hypotheken so häufig vorkommt, und dem sich hier *Leo* entgegen setzen wollte, bey stillschweigenden Hypotheken Statt haben? — Und wo redet denn das Gesetz überhaupt von andern Hypotheken, als bloss von solchen, deren Daseyn so wohl als Alter aus einem Instrumente bewiesen werden soll? Eben so wenig lässt es sich 3. darthun, dass die *L.* 11 *C. qui potior. in pignore* in Ansehung der Rangordnung der Hypotheken überhaupt ein correctorisches Gesetz ist. Wäre sie dieses, so hätte sie weit allgemeiner gefasst werden müssen, als sie jetzt gefasst ist, und es hätte nicht bloss darin bestimmt werden können, was im Falle der Concurrenz solcher Hypotheken, welche theils aus öffentlichen und theils aus Privat-Instrumenten erwiesen werden müssen, Rechtens sey. So wenig der Grund des Gesetzes, der selbst darin deutlich angegeben ist, als der Inhalt desselben, lässt dies annehmen, sondern es bleibt unstreitig gewiss, dass *Leo* bloss auf die Concurrenz solcher Hypotheken, welche aus öffentlichen und Privat-Instrumenten dem Daseyn und dem Alter nach erwiesen werden sollen, Rücksicht genommen habe.

Aus dem, was ich hier vorgetragen habe, fliesst nun folgende Theorie. Unter den einfachen Hypotheken bestimmte bey den Römern allein die Erstigkeit der Zeit den Vorzug, die Hypotheken mögen gesetzliche, testamentarische, prätorische oder conventionelle seyn. Welcher Gläubiger mit dem andern über den Vorzug der Hypothek streitet, muss beweisen, dass seine Hypothek älter als die des andern ist. Diesen Beweis kann er nun so wohl durch Zeugen als durch Instrumente führen, und in dem letztern Falle hat *Leo* verordnet, dass derjenige Gläubiger, welcher seine conventionelle Hypothek aus einem öffentlichen Instrumente beweisen würde, demjenigen vorgezogen werden soll, der seine Hypothek dem Alter nach aus einem Privat-Instrumente darthun will. Wenn folglich nicht conventionelle Hypotheken mit einander concurriren, die theils aus öffentlichen, theils aus Privat-Instrumenten dem Alter nach erwiesen werden, so ist von der Verordnung des Kaisers *Leo* gar kein Gebrauch zu machen. Es kann auch

nicht, wie einige Rechtslehrer glauben, das testamentarische Pfandrecht [a]) und jedes andere Pfandrecht, dessen Anfang sonst aus einer glaubwürdigen Urkunde erhellet, nach der Vorschrift des Kaisers *Leo* beurtheilt werden, indem dieser Kaiser dabey lediglich auf das conventionelle Pfandrecht Rücksicht nahm.

Auf die hypothekarischen Gläubiger folgten die chirographarischen und erhielten diesen zunächst ihre Befriedigung. Unter ihnen hatten wieder diejenigen den Vorzug, deren Forderung mit einem *Privilegio exigendi* versehen war. Die privilegirten chirographarischen Gläubiger wurden aus dem Vermögen des Schuldners, wenn solches nicht zureichte, *pro rata* befriedigt, und nur dann fand eine Ausnahme Statt, wenn der Forderung des einen oder des andern Gläubigers ein besonderer Vorzug in den Gesetzen war eingeräumt worden.

Ob aber ein solches Vorzugsrecht des einen oder des andern privilegirten chirographarischen Gläubigers in den Römischen Gesetzen enthalten sey, ist eine Frage, die allerdings eine nähere Untersuchung verdient. Der Fiscus und das *Depositum* sind es, welchen man dieses Vorzugsrecht gewöhnlich einräumt. Was zuerst den Fiscus betrifft, so habe ich oben, (S. 222,) gezeigt, daſs diesem wegen einer jeden Forderung an den Gemeinschuldner, weſshalb er kein Unterpfand genieſst, und welche nicht aus einem von dem Schuldner begangenen Verbrechen herrührt, (denn im erstern Falle nimmt er unter den hypothekarischen Gläubigern seinen Platz, und im letztern wird er, wie ich hernach zeigen werde, allen chirographarischen Gläubigern nachgesetzt,) ein *Privilegium exigendi* ertheilt worden sey. Es ist also nur noch zu untersuchen: ob mit diesem *Privilegio exigendi* auch ein Vorzug vor allen privilegirten chirographarischen Gläubigern verbunden sey. — Ich glaube allerdings. Die Worte des *Paulus: Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere*, und die Stelle aus dem *Marcian: Ille, qui navis fabricandae — — — causa vel quoquo modo crediderit, habet privilegium post fiscum*, können, wie ich oben (S. 222,) gezeigt habe, von nichts anderm, als dem fiscalischen *Privilegio exigendi* verstanden werden. Ist nun aber dies der Fall, so bleibt nichts übrig,

a) Man sehe z. B. *Car. Christ. Hofacker* D. *de praerogativa pign. publ.* Tubing 1780, §. 20. Die *L. 2 pr. D. testam. quemadm. aperiant.*, worauf sich der gedachte Rechtslehrer beruft, und in welcher ein Testament *publicum instrumentum* genannt wird, kann gegen die bestimmte Vorschrift des Kaisers *Leo* nichts beweisen.

als dem Fiscus, vermöge des *Privilegii exigendi*, auch den Vorzug vor allen privilegirten chirographarischen Gläubigern beyzulegen, so wie ihm derselbe in Absicht der mit einem Pfandrechte versehenen Forderungen vor andern hypothekarischen Gläubigern oben ist beygelegt worden. Denn wenn wir auch von der sehr allgemeinen Aeusserung des *Paulus* ganz absehen wollten, so zeigt doch die Stelle des *Marcian* diesen fiscalischen Vorzug deutlich genug, indem darnach der Fiscus auch den sonst noch so sehr privilegirten Gläubigern vorgehen soll.

Was hiernächst das *Depositum* betrifft, so haben wir zwey Bruchstücke aus den Schriften des *Ulpian*, die beyde aus seinen *Libris ad edict.* genommen sind, und sich einander zu widersprechen scheinen. Das erste kommt in der *L.* 7, §. 2 *D. depositi* vor. *Quotiens*, (heisst es hier,) *foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio habere depositariorum, i. e.: eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant, et ante privilegia igitur, si usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito.* Das zweyte ist in der *L.* 24, §. 2 *D. de reb. auct. iud. possidend.* enthalten: *In bonis mensularii vendendis,* (heisst es daselbst,) *post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecuniam apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt; sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur et merito, aliud enim est credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat ante privilegia.*

Die ältern Rechtslehrer glauben, dass, in Grundlage dieser Stellen, das Depositum allen persönlichen Privilegien vorgezogen worden sey. Von den neuern [b]) unterscheiden mehrere: ob der Deponent die Sache mit der hinzu gefügten Bedingung, dass sie ihm *in specie* zurück gegeben werden solle, deponirt habe; ob eine solche Bedingung nicht hinzu gefügt worden; und ob endlich die Parteyen darüber mit einander einig geworden sind, dass das Depositum *in genere* zurück gegeben werden solle. Im erstern Falle, meinen sie, müsse der Deponent allen persönlich privilegirten Gläubigern vorgezogen werden, im zweyten Falle mit ihnen *pro rata* concurriren, und im dritten und letzten Falle müsse

b) Z. B. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, Kap. 5, §. 3 und 10.

er allen nachgesetzt werden. Da der gemachte Unterschied in den Gesetzen nicht vorkommt, so glaubt *Runde*, c) dass, wenn das Depositum noch *in natura* vorhanden gewesen, es allerdings vindicirt werden, und daher von keinem Vorzuge desselben die Rede seyn könne, welchen Fall *Ulpian* beabsichtige, wenn er dem *Deposito* seinen Platz *ante privilegia* einräume. Wenn aber das *Depositum* nicht mehr *in natura* vorhanden sey, folglich der Deponent mit den übrigen Gläubigern concurriren müsse, sey dem *Deposito* sein Platz nach allen privilegirten chirographarischen Gläubigern angewiesen worden, und darauf gehe das *Ulpianische: post privilegia*. — Der erstern Behauptung pflichte ich vollkommen bey, indem sie mit den oben von mir vorgetragenen Grundsätzen überein stimmt, auch halte ich mit *Runde* dafür, dass die Worte des *Ulpian: ante privilegia*, von den noch so sehr privilegirten Gläubigern verstanden werden müssen. *Ulpian* will damit weiter nichts als dieses sagen: Solche Deponenten, deren Sachen noch *in natura* vorhanden sind, müssen allen, selbst den noch so sehr privilegirten Gläubigern vorgezogen werden. — Aber mit der zweyten Behauptung kann ich durchaus nicht überein stimmen. Es kommt hier alles auf die richtige Erklärung der Worte: *post privilegia*, in dem Ulpianischen Fragmente an. Sind diese von den privilegirten chirographarischen Gläubigern zu verstehen, so hat *Runde* unstreitig Recht. Dass sie nicht von den absolut privilegirten Gläubigern allein verstanden werden dürfen, darin pflichte ich ihm gerne bey; allein ich behaupte auch zugleich, dass sie nicht von den privilegirten chirographarischen Gläubigern zu verstehen sind. Dass die *L. 24 D. de reb. auct. iud. possid.* mit der *L. 19 eod.*, worin von dem *Privilegio exigendi* des Brautschatzes und der Pupillen die Rede ist, zusammen hänge, wie *Runde* behauptet, und daraus erklärt werden müsse, will mir durchaus nicht einleuchten.

Wir müssen ein Gesetz der Pandecten aus dem allgemeinen Inhalte des Titels, in welchem es steht, aus seinem Zusammenhange mit den übrigen Gesetzen, und aus dem eignen Zusammenhange der Worte des Gesetzes selbst erklären. Die Ueberschrift des Titels, worin das Gesetz steht, giebt uns im Allgemeinen einen Fingerzeig darüber, was wir in dem Gesetze suchen sollen; der Zusammenhang mit andern Gesetzen lehrt uns den richtigen Sinn des Gesetzes finden;

c) *A. a. O.*, §. 67.

aber der Zusammenhang der Worte des Gesetzes selbst ist es, was wir vorzüglich bey der Erklärung im Auge behalten müssen. In dem Titel der Pandecten: *de rebus auctoritate iudic. possid.*, wird vom *Privilegio absolute tali*, von privilegirten Hypotheken, und vom *Privilegio exigendi* unter und durch einander gehandelt. So gut als man die *L. 24 D. de reb. auct. iud. possid.* aus einem vorher gehenden Gesetze erklären könnte, welches vom *Privilegio exigendi* redet, eben so gut kann man solche aus andern Gesetzen erklären, welche vom *Privilegio absolute tali* sprechen. — Dass es auf die vorher gehenden Gesetze nicht immer ankommen kann, wenn sie nicht mit dem nachfolgenden Gesetze in einer unzertrennlichen Verbindung stehen, ist eine bekannte Sache; dass aber eine solche Verbindung hier ganz fehlt, springt jedem in die Augen, der die auf einander folgenden Fragmente der Reihe nach durchliest. — Sodann ist es mehr denn zu gewiss, dass die *L. 24 D. de reb. auct. iud. possid.* nicht aus ihrem Zusammenhange mit den vorher gehenden Gesetzen, weil kein solcher vorhanden ist, sondern aus sich selbst erklärt werden muss. Wenn nun das Wort: *Privilegium*, in dem mehrgedachten Titel der Pandecten bald von dem *Privilegio absolute tali*, bald vom privilegirten Pfandrechte, und bald endlich vom *Privilegio exigendi* gebraucht wird; so kommt es noch blos darauf an, in welcher Bedeutung es hier vorzugsweise bey den Worten: *post privilegia*, zu nehmen ist. — Es ist nicht blosse Muthmassung, sondern man kann wohl mit Wahrheit behaupten, dass die Worte: *post privilegia*, von dem *Privilegio absolute tali* und dem privilegirten Unterpfande zu verstehen sind. Also, möchte jemand einwenden, hätten die Deponenten bey den Römern den einfachen Pfandgläubigern vorgezogen werden müssen? — Dies folgt noch nicht. Wie oft drucken sich die Juristen, wenn sie sich auf etwas beziehen, sehr unbestimmt aus, und rechnen darauf, der Kunstverständige werde sie schon einhohlen; und eben dies ist hier dem *Ulpian* begegnet. Freylich waren daher auch unter seinem: *post privilegia*, auch die simpeln hypothekarischen Gläubiger begriffen. Ich will mich bemühen, zu zeigen, was *Ulpian* eigentlich sagen wollte. *Ulpian* nimmt in der *L. 24, §. 2 D. de reb. auct. iud. possid.* das Wort: *privilegia*, im weitern Sinne und im Entgegensatze des *Privilegii exigendi* und begreift darunter nicht nur das *Privilegium absolute tale* und die privilegirten Hypotheken, sondern auch die schlechten Unterpfänder. Diese Erklärung folgt aus dem Nachsatze: *Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto*

a depoſitariis et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia. Ich habe bereits oben bemerkt, man müſſe vorzüglich ein Geſetz aus dem Zuſammenhange der Worte unter ſich erklären; und dies iſt hier ſichtlich der Fall. *Ulpian* wollte beſtimmen, in welcher Ordnung der Deponent bey einem Römiſchen Schuldenweſen befriedigt werden müſſe. Wenn das Geld noch *in natura* vorhanden iſt, ſoll er ſolches vindiciren können, und folglich *ante privilegia*, d. h.: vor allen privilegirten Gläubigern, nämlich denen, welche ein *Privilegium abſolute tale* haben, denen, welche mit einem privilegirten Pfandrechte verſehen ſind, und denjenigen, welche eine ſchlechte Hypothek genieſsen, (denn von dieſen konnte nur die Rede ſeyn,) ſeine Befriedigung erhalten. Iſt aber das Geld nicht mehr *in natura* vorhanden, gleichwohl aber das *Depoſitum* ein wahres, d. h.: ein ſo genanntes reguläres Depoſitum, ſo ſoll der *Deponens* ſeine Befriedigung zuerſt erhalten, *poſt privilegia.* Dies kann, unter der Vorausſetzung, daſs der *Deponens* ein *Privilegium exigendi* hatte und ſolches dem *Ulpian* ſehr gut bekannt ſeyn muſste, nichts anderes heiſsen, als: er ſoll zwar denen Gläubigern nachſtehen, welche ein *Privilegium abſolute tale*, ein privilegirtes Unterpfand und überhaupt ein Unterpfandsrecht haben, aber er ſoll unter den mit einem perſönlichen Privilegio verſehenen Gläubigern den erſten Platz einnehmen. Wir würden von dem Sprachgebrauche und von der Manier, in welcher jemand ſeine Gedanken im Zuſammenhange durch Worte auszudrucken pflegt, ganz abweichen, wenn wir das mehrgedachte Ulpianiſche Fragment anders erklären wollten. Es iſt auch nicht ſo unbegreiflich, daſs gerade dem *Depoſitum* ein ſolcher Vorzug beygelegt worden ſey, wenn wir nur nicht, wie *Runde* d) thut, überall dem *Depoſitum*, ſondern den bey den *argentariis* oder *nummulariis* hinterlegten Geldern dieſen Vorzug einräumen; denn von dieſen ſpricht nur *Ulpian* ausdrücklich in den Worten: *In bonis menſularii vendendis* etc. Der Grund dieſes Vorzugsrechts liegt deutlich in den Worten: *fidem publicam ſe-*

d) *Runde* iſt hier dem *Huber* in *D. de argent. veter.*, C. 3, §. 2 und 3, gefolgt, der indeſs auch noch keineswegs behauptet, daſs dem *Depoſito* durchgängig das *Privilegium exigendi* bey den Römern, und zwar *cum iure praelationis*, zugeſtanden habe. Mir ſcheint die Meinung *Leyſers*, *Med. ad D.*, Spec. 487, Med. 3, Vol. 3, p. 526, noch immer den Vorzug zu verdienen, weil ſie mit den Römiſchen Geſetzen, die ich hier nur allein im Auge habe, vollkommen überein ſtimmt.

cuti. Darum allein ſollen die Deponenten dieſes Vorzugsrechts ſich zu erfreuen haben, weil ſie *fidem publicam* der *fides privata* vorgezogen haben, und nichts billiger iſt, als daſs ſie nun auch dadurch nicht leiden. Ich bemerke noch, daſs das Ulpianiſche Fragment drey ganz von einander verſchiedene Verſügungen enthält. Im §. 1 iſt von dem *Privilegio exigendi* derjenigen die Rede, welche *in reſtitutionem aedificiorum* creditirt haben; der §. 2 handelt von dem Vorzuge der Deponenten; und der §. 3 von den Rechten derjenigen, welche Geld zur Abfindung eines *Creditoris privilegiarii* angeliehen haben. Jeder Paragraph muſs für ſich beſonders erklärt werden. Der §. 3 giebt meiner oben verſuchten Erklärung noch eine beſondere Stärke. Hier kommen ſichtlich die Worte: *creditores privilegiarii*, in der Art vor, daſs ſie alle den Gläubigern, welche mit einem *Privilegio exigendi* verſehen ſind, vorgehende Gläubiger in ſich begreifen. [e])

Das Reſultat von allem dieſem iſt: Das *Depoſitum regulare* nimmt unter den mit einem *Privilegio exigendi* verſehenen Gläubigern den erſten Platz; es verſteht ſich, nach dem Fiscus, denn dieſer wird allen vorgezogen. Das *Depoſitum irregulare* nebſt ſeinen Zinſen hat gar kein *Privilegium exigendi*, ſondern wird mit den ſchlechten chirographariſchen Gläubigern *pro rata* befriedigt; *a caeteris creditoribus non ſeparantur*, ſagt der §. 3 der *L.* 24 *D. de reb. auct. iud. poſſid.*

Aber nun ſind noch zwey Geſetze vorhanden, welche es doch höchſt zweifelhaft machen, ob man dem *Depoſitum* unmittelbar ſeinen Platz nach dem Fiscus unter den privilegirten chirographariſchen Gläubigern einräumen darf. Das erſte iſt die *L.* 34 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* Hier heiſst es: *Quod quis navis fabricandae, vel emendae, vel armandae, vel inſtruendae cauſa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium poſt fiſcum.* Das andere iſt die *L.* 38 *D.* §. 2 *de reb. auct. iud. poſſid.*, wo es heiſst: *Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.*

e) Man vergleiche noch über dieſes ſo merkwürdige Geſetz: *d'Eſpeiſſer Oeuv.*, I, 128; *Berger Reſolut. leg.*, 741; *Cocceji Ius contr.*, edit. *Emmingh.*, II, 325; *Pacii* Ἐναντ., Cent. IV, Qu. 79; *Markart. Interpret.*, 258. — Die Erklärung der eleganten Juriſten hat mich zum gröſsten Theile hier wieder gar nicht befriedigt. Die Sylbenſtecherey gefällt mir da am wenigſten, wo die Erklärung aus der Verbindung einzelner Worte mit einander geſchöpſt werden muſs.

Die *L.* 34 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* könnte auch wohl von dem Falle des Pfandrechts verſtanden werden. Indeſs da ſich der Juriſt hierüber nicht beſtimmt ausdruckt, und der Gläubiger, von welchem er ſpricht, (wie ich oben gezeigt habe,) ein *Privilegium exigendi* hat; ſo kann man auch füglich annehmen, daſs er davon redet. Allein das Geſetz ſagt weiter nichts, als daſs derjenige, welcher *navis fabricandae* etc. *cauſa* Geld vorgeſtreckt hat, erſt hinter dem Fiscus befriedigt werden ſoll. Damit wird aber nicht geſagt, daſs er unmittelbar auf den Fiscus folgen und zur Hebung kommen ſoll. Die *L.* 24, §. 3 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* ſagt aber deutlich, daſs der Deponent ſofort *poſt privilegia* ſeine Befriedigung erhalten ſoll, und nur der Fiscus wird demſelben wegen ſeines allgemeinen ihm ertheilten Vorzugsrechts vorgezogen. Es läſst ſich daher aus dieſem Geſetze noch keineswegs beweiſen, daſs das *Creditum*, wovon es ſpricht, zwiſchen den Fiscus und das *Depoſitum* eingeſchoben werden müſſe. Nach dem ältern Römiſchen Rechte würde man ſo etwas eher vertheidigen können, weil das Vorzugsrecht derjenigen, welche zur Erkaufung, Wiederherſtellung u. ſ. f. einer Sache Geld angeliehen hatten, ſo wirkſam anerkannt wurde, daſs es allen Gläubigern aus dem Grunde vorging, weil es zur Vermehrung der Maſſe beygetragen hatte. Aber das neuere Recht hat hierin vieles geändert. Wir haben oben geſehen, daſs der Fiscus und der Brautſchatz der Ehefrau ja ſolchen Gläubigern auf den Fall des erhaltenen Pfandrechts vorgezogen werden, und es iſt daher nichts wunderbares, wenn ein gleicher Vorzug dem *Depoſitum* hier bey den privilegirten chirographariſchen Gläubigern eingeräumt wurde, [f]) wenigſtens bleibt ſo viel ausgemacht, daſs wir, in Grundlage der *L.* 34 *D. de reb. auct. iud. poſſ.*, das *Depoſitum* wegen der beſtimmten Vorſchrift der *L.* 24, §. 3 *eod.* nicht zurück ſetzen können.

Beſtimmter redet die *L.* 38 *D.*, §. 2, *de reb. auct. iud. poſſid.* Nach ihr ſoll *Respublica creditrix* allen chirographariſchen Gläubigern vorgezogen werden. Selbſt in Abſicht des *Depoſiti* wird keine Ausnahme gemacht, und es würde daher gegen den deutlichen Inhalt des Geſetzes ſeyn, wenn wir annehmen wollten, das *Depoſitum* mache eine Ausnahme und ſey der *Respublica creditrix* noch

f) Man vergleiche mit dem, was ich hier geſagt habe: *Fabri Coniectur.*, 67; *Berger Reſol. leg.*, 469; *ab Ooſterga Disput. ad Pandect.*, II, 75.

vorzuziehen. Woher der Vorzug der *Respublica creditrix* kommt, läſst ſich nicht ſchwer errathen, wenn man auf das, was ich von dem *Privilegium exigendi* der *Respublica creditrix* oben, (S. 223,) geſagt habe, Rückſicht nimmt. Unſtreitig iſt das *Privilegium exigendi* der *Respublica creditrix* mit dem fiscaliſchen *Privilegio exigendi* nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen, jedoch demſelben wegen der weitern Ausdehnung des Begriffs von der *Respublica creditrix* nachzuſetzen.

Unter den privilegirten chirographariſchen Gläubigern nahm dieſem zu Folge bey den Römern zuerſt der *Fiscus* ſeinen Platz. Ihm folgte die *Respublica creditrix*; nach dieſer muſste das *Depoſitum* ausgezahlt werden; und hierauf folgten alle diejenigen Gläubiger, welche zur Erkaufung, Wiederherſtellung und Bewaffnung eines Schiffs oder ſonſt wegen deſſelben creditirt hatten, die, welche in *militiam emendam*, in *reſtitutionem aedium*, zur Erkaufung, Wiederherſtellung und nothwendigen Erhaltung einer beweglichen Sache Geld vorgeliehen hatten, oder welchen der Schuldner noch das Kaufgeld dafür ſchuldig war, in ſo fern ſie ſich kein Pfandrecht hatten ertheilen laſſen. Den Beſchluſs machten in der Befriedigung die übrigen noch mit einem *Privilegio exigendi* verſehenen Gläubiger, welche ohne Vorzug *pro rata* befriedigt werden muſsten.

Eine Ausnahme von der Regel ſcheint die *L.* 24, §. 3 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* zu machen. Hier heiſst es: *Eorum ratio prior eſt creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Perveniſſe autem quemadmodum accipimus? utrum ſi ſtatim profecta eſt ab inferioribus ad privilegiarios? an vero et ſi per debitoris perſonam: hoc eſt, ſi ante ei numerata ſit et ſic debitoris facta, creditori privilegiario numerata* [*eſt*]*? Quod quidem poteſt benigne dici, ſi modo non poſt aliquid intervallum id factum ſit.* — Nach dieſem Geſetze ſoll derjenige Gläubiger den Vorzug haben, mit deſſen Gelde ein *Creditor privilegiarius* iſt abgefunden worden. Daſs die Worte: *creditores privilegiarios*, in dem Geſetze im Entgegenſatze der mit einem *Privilegio exigendi* verſehenen Gläubiger genommen werden, ſcheint faſt keinem Zweifel unterworfen, wenn man zumahl auf die vorher gehenden Geſetze und ſelbſt auf den §. 1 und 2 der *L.* 24 Rückſicht nimmt. — Es kann auch in dem Geſetze nicht von einem Gläubiger die Rede ſeyn, der ſich von dem abgefundenen *Creditor privilegiarius* ſeine Rechte übertragen lieſs, weil alsdann ſein Vorzugsrecht unbe-

denklich gewesen seyn würde, und nicht erst in dem Gesetze bestimmt zu werden brauchte. Wir werden daher das Gesetz so verstehen müssen, daſs ein Gläubiger, der zur Abfindung eines *Creditoris privilegiarii* Geld vorgeschossen hat, mit welchem dieser wirklich abgefunden wurde, vor den mit einem *Privilegio exigendi* versehenen chirographarischen Gläubigern den Vorzug haben soll. Die Worte: *creditores privilegiarii*, würden alsdann alle mit einem *Privilegio absolute tali*. mit einem privilegirten und einfachen Pfandrechte versehene Gläubiger in sich begreifen.

Bloſs aus den Worten: *Eorum ratio prior creditorum* läſst sich jedoch der Vorzug dieser Gläubiger noch nicht erweisen, denn andere Gesetze, die von andern mit einem *Privilegio exigendi* versehenen Gläubigern reden, sprechen ihnen eben so allgemein und unbestimmt den Vorzug zu, z. B. der §. 2 der *L.* 24 *D. de reb. auct. iud. possid.* dem *Deposito*, und die Gesetze, welche von dem *Privilegio exigendi* des Fiscus reden. Dazu kommt, daſs die *L.* 38, §. 1, *de reb. auct. iudic. poss.* ganz bestimmt sagt, die *Respublica creditrix* solle allen chirographarischen Gläubigern vorgezogen werden. Schon einem so bestimmten Gesetze muſs ein Gesetz, das sich allgemein ausdruckt, besonders wenn andere Gesetze über andere Gegenstände in eben so allgemeinen Ausdrücken vorhanden sind, nachgesetzt werden. — Aus der Beschaffenheit der Forderung selbst läſst sich auch, wenigstens nach dem neuern Rechte, der Vorzug derselben nicht behaupten. Der Umstand, daſs durch den Geldvorschuſs der Zustand der privilegirten chirographarischen Gläubiger gebessert worden, kommt nicht groſs in Betrachtung, da, wie wir oben gesehen haben, bey den privilegirten Gläubigern selbst diejenigen, mit deren Gelde etwas zum Besten der Masse erworben worden ist, andern nachgesetzt werden. Hier bey den privilegirten chirographarischen Gläubigern anzunehmen, daſs der eben gedachte Umstand wohl in Betrachtung kommen könne, dawider streiten die Gesetze, nach welchen der *Respublica creditrix* ausdrücklich der Vorzug vor allen privilegirten chirographarischen Gläubigern verliehen, und dem *Deposito* ein gleichmäſsiger Vorzug eingeräumt wird. Dazu kommt, daſs nirgends solchen Gläubigern, mit deren Gelde *Creditores privilegiarii* abgefunden worden sind, ein *Privilegium exigendi* eingeräumt worden ist.

Ich will jetzt meine Meinung über den Sinn dieses Gesetzes hersetzen. *Ulpian* redet in der *L.* 24 *D. de reb. auct. iud. poss.* davon im Allgemeinen,

wer unter den chirographarischen Gläubigern den Vorzug bey der Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners haben müsse. Unter den Gläubigern, welche er hier aufzählt, befinden sich auch diejenigen, die Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers vorgestreckt haben. Zugleich redet *Ulpian* von dem Vorzuge eines privilegirten chirographarischen Gläubigers vor den andern. Nach dieser Darstellung kann die *L.* 24 *D. de reb. auct. iud. possid.* nicht nach gleichen Grundsätzen erklärt werden. Im §. 2 spricht *Ulpian* von dem Vorzuge des *Depositi*, und setzt einen privilegirten chirographarischen Gläubiger andern privilegirten chirographarischen Gläubigern entgegen. Im §. 3 hingegen wird ein schlechter chirographarischer Gläubiger andern ebenfalls schlechten chirographarischen Gläubigern entgegen gesetzt, und ihm vor diesen der Vorzug eingeräumt. Daraus folgt denn, meines Bedünkens, so viel, dass nach dem Sinne des Ulpianischen Fragments gar nicht davon die Rede seyn kann, dass derjenige, welcher Geld zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers hergeschossen hat, irgend einem privilegirten chirographarischen Gläubiger vorgezogen werden müsse. Vielmehr zeigt es sich aus der ganzen Stelle deutlich, dass die Worte: *creditores privilegiarios*, hier von jedem bevorzügten Gläubiger im Entgegensatze der schlechten chirographarischen Gläubiger zu nehmen sind und auch die privilegirten chirographarischen Gläubiger in sich begreifen. g)

Auf die privilegirten chirographarischen Gläubiger folgten die schlechten, d. h.: die, welche kein *Privilegium exigendi* haben. Unter diesen nahmen nun, nach der *L.* 24, §. 3 *D. de reb. auct. iud. poss.*, diejenigen den ersten Platz ein, welche Geld zur Abfindung eines *Creditoris privilegiarii* vorgeschossen hatten. Der Grund dieses Vorzugsrechts ist wohl nur in dem Eigensinne der Römischen Juristen zu suchen. — Hiernächst kam die Reihe an die übrigen schlechten chirographarischen Gläubiger, welche *pro rata*, — denn die Regel: *Prior tempore potior iure*, gilt nur überall bey Hypotheken, — befriedigt wurden. Zuletzt wurde der Fiscus wegen der ihm aus dem Vermögen des Schuldners gebührenden Strafgelder befriedigt: *In summa*, sagt *Modestin* in der *L.* 17 *D. de iure fisci, sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus post-*

g) Man vergleiche noch über dieses Gesetz: *Rhapsod.*, CCXCVIII. *d'Espeisser Oeuv.*, IV, 391; *Hommel*

poni, und eben diesen Grundsätzen pflichtet auch **Papinian** in der *L.* 37 *D. eod.* bey: *Quod placuit*, (sagt er,) *fisco non poenam esse petendam, nisi creditores suum recuperaverint; eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.* h)

Nach den vorstehenden Grundsätzen wurden die Gläubiger bey einem Schuldenwesen in neuern Zeiten bey den Römern befriedigt. Ich schränke mich hier auf *Justinians* Gesetzgebung ein. Die folgenden Zeiten bis zum Untergange des Römischen Reichs sind bekanntlich dunkel, auch interessiren sie uns weiter nicht. Ueberall führe ich nur das Römische Schuldenwesen, nach der Absicht meiner Arbeit, bis auf *Justinians* Zeitalter durch. — Dabey muss ich noch bemerken, dass ich die Ordnung der Gläubiger blos im Allgemeinen angegeben habe. Es verstand sich übrigens von selbst, dass, wenn Gläubiger da waren, wovon der eine an diese, der andere an jene Sache des Schuldners, entweder wegen einer ihm ertheilten Hypothek, oder aus einem andern Grunde, ein besonderes Recht hatten, diese gar nicht in Collision kamen. Der *Curator bonorum* hatte die Pflicht auf sich, bey der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens auf diese Umstände Rücksicht zu nehmen. — Vernachlässigte er seine Pflicht, so konnte gegen ihn, wie ich bereits oben bemerkt habe, geklagt werden, so wie auch der Gläubiger, der unbilliger Weise einem andern nachgesetzt wurde, von diesem das Erhaltene als ein *Indebitum* zurück fordern konnte.

Uebrigens gingen den Gläubigern eines Schuldners alle diejenigen vor, welche schon vorher, ehe die Sache an den Schuldner kam, daran ein Unterpfandsrecht erhalten hatten. Ihnen konnten die Verbindlichkeiten, die der Schuldner contrahirt hatte, oder die nach der Vorschrift der Gesetze auf sein Vermögen fielen, lästig werden. Die noch so privilegirten Gläubiger eines Schuldners mussten ihnen nachstehen. Zu der Classe dieser Gläubiger gehörten auch diejenigen, welche sich bey der Veräusserung einer Sache an dem Schuldner zur Sicherung des zu bezahlenden Kaufgeldes eine Hypothek vorbehalten hat-

h) Die von einigen Rechtslehrern auch bey den fiscalischen Strafgeldern angenommene stillschweigende Hypothek lässt sich aus keinem Gesetze beweisen. Man sehe *Ludovici* D. *de hypotheca fisci tacita propter debita ex delicto*, §. 9.

ten;[i]) denn auch hier kam die Sache nicht anders an den Schuldner, als mit einer Hypothek beschwert, welche von allen seinen Gläubigern anerkannt werden mußte.

ZWÖLFTES KAPITEL.

Beneficium separationis und vel quasi. — Wiederauflebung des Eigenthums und besonders begünstigte Befriedigung einzelner Gläubiger.

Daſs ein Schuldenwesen bey den Römern unter den Gläubigern, welche ihre Befriedigung aus dem unzulänglichen schuldnerischen Vermögen nachsuchten, eine Art von Gemeinschaft hervor gebracht habe, und daſs bey ihrer Befriedigung auf die in den Gesetzen angeordneten Vorzüge der Forderungen Rücksicht habe genommen werden müssen, ist nach dem, was ich in den vorigen Kapiteln ausgeführt habe, keinem Zweifel unterworfen. Indeſs wurden schon, wie ich am Ende des vorigen Kapitels bemerkt habe, diejenigen, welche, ehe noch eine Sache an den Schuldner gekommen war, daran ein Pfandrecht erhalten hatten, allen Gläubigern des Schuldners vorgezogen. Fast auf einem gleichen Grunde [k]) beruht die den Erbschaftsgläubigern verliehene Rechtswohlthat der Absonderung, — *Beneficium separationis* oder *Remedium indemnitatis*, wie sie auch in den Gesetzen genannt wird, — wenn solche bey einem Schuldenwesen vorkamen.

Creditores hereditarii hieſsen bey den Römern diejenigen, welche bereits Gläubiger des Erblassers des gegenwärtigen Schuldners waren und durch die Erwerbung der Erbschaft auch seine Gläubiger geworden sind. Zu ihrem Daseyn bey einem Schuldenwesen wurde also immer erfordert, daſs der Schuldner eine verschuldete Erbschaft erworben hatte. Hatten solche Gläubiger eine Hy-

i) *L.* 15, *C. de pignorib.*

k) Denn, daſs die durch die Antretung der Erbschaft hervor gebrachte Confusion eine Veränderung bewirkte, auch in Ansehung der nicht-hypothekarischen Erbschaftsgläubiger andere Grundsätze angenommen werden muſsten, kommt nicht weiter in Betrachtung. — Ich bin überzeugt, daſs das eben gedachte Vorzugsrecht derjenigen Gläubiger, welche schon vorher, ehe noch die Sache an den Schuldner kam, daran ein Pfandrecht hatten, mit zur Einführung des *Beneficii separationis* die Veranlassung gegeben hat.

pothek, so möchte es scheinen, als wenn sie schon dadurch gegen die Gläubiger des Schuldners gedeckt gewesen wären, weil die Erwerbung der Erbschaft ihnen nicht mehr, als eine jede andere willkührliche Uebertragung der verpfändeten Sache auf den Schuldner habe schaden können. — Allein die durch die Erbschaftserwerbung hervor gebrachte gänzliche Confusion der Rechte und Verbindlichkeiten, und die bey den Römern durchgängig anerkannte Einheit der Person des Erblassers und des Erben, standen ihrem Vorzugsrechte doch entgegen. Die chirographarischen Gläubiger des Erblassers, und selbst die absolut-privilegirten Gläubiger desselben konnten ohnehin nach der Strenge des Rechts auf einen solchen Vorzug keinen Anspruch machen. Sie traten vielmehr durch die aus der Erbschaftserwerbung entstandene Confusion mit den Gläubigern des Schuldners in eine ihnen nachtheilige Gemeinschaft, gegen welche sie nur das *Beneficium separationis* schützen konnte.

Beneficium separationis [1]) ist die Rechtswohlthat, kraft welcher die Erbschaftsgläubiger die Absonderung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben und gegenwärtigen Schuldners verlangen können, um daraus, mit Ausschliessung der Gläubiger des Erben und Schuldners, ihre Befriedigung zu erhalten. Es wurde diese Rechtswohlthat den Erbschaftsgläubigern darum verliehen, damit sie nicht durch die Confusion, welche aus der Erwerbung der Erbschaft entspringt, in Schaden kommen möchten. Sie begründet sich daher auf eine Billigkeit, die gegen die Strenge der Gesetze angenommen ist, und vermöge welcher die durch die Erwerbung der Erbschaft bereits eingetretene Confusion in so fern wieder aufgehoben wird, als sie den Gläubigern des Verstorbenen nachtheilig war. Der Urheber dieser Rechtswohlthat war, nach *Ulpians* Zeugniss, der Prätor. Denn obgleich sich solches aus den Anfangsworten der *L.* 1 *D. de separat.*: *Sciendum est, separationem solere impetrari decreto Praetoris*, noch nicht ganz deutlich ergiebt, indem diese auch so verstanden werden können, dass dieses Rechtsmittel von dem *Prätor* auf vorgängigen Anruf der Erbschaftsgläubiger ertheilt worden sey;

1) Die vorzüglichen Schriften über das *Beneficium separationis*, worin dasselbe vorzüglich mit Beziehung auf das Römische Recht und im Allgemeinen abgehandelt worden, sind: *C. H. Horn de iuribus circa separat. singularibus*, Vit. 1661; *Schmidt von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen*, Th. 2. Auch gehört noch hierher *H. C. Hake de separat. patrimoniorum in concursu*, Sect. I, Lips. 1733.

ſo folgt es doch aus der *L.* 2 *C. de bon. auct. iud. poſſid.*, wo die Worte vorkommen: *indemnitatisque remedium edicto Praetoris creditoribus hereditariis demonſtratum.* Aber den Nahmen des Prätors, welcher der Urheber des Edicts, worin dieſe Rechtswohlthat der Erbſchaftsgläubiger eingeführt wurde, war, und die Zeit, in welche dieſes Edict fällt, wiſſen wir nicht. So viel ſcheint indeſs gewiſs zu ſeyn, daſs dieſes Rechtsmittel ſchon zu *Antonini Pii* Zeiten gäng und gäbe geweſen iſt, welcher nach der Analogie deſſelben in Angelegenheiten des fiduciariſchen Erben ein ähnliches Rechtsmittel einführte. Es kommt daſſelbe in der *L.* 1, §. 6 *D. de ſeparat.* vor, und muſs hier um deſswillen ausgeworfen werden, weil es mit der eigentlichen Rechtswohlthat der Abſonderung in keiner Verbindung ſteht, ob es gleich von *Ulpian* damit in Verbindung gebracht worden iſt. *Sed ſi quis*, (heiſst es in dem angeführten Geſetze,) *ſuſpectam hereditatem dicens compulſus fuerit adire et reſtituere hereditatem, deinde non ſit, cui reſtituat, ex quibus cauſis ſolet hoc evenire: et ipſi quidem deſideranti ſuccurri ſibi adverſus creditores hereditarios ſubveniemus: hoc et D. Pius reſcripſit, ut perinde bona teſtatoris venirent atque ſi adita hereditas non fuiſſet.* Es iſt hier die Rede von einem Fiduciar-Erben, der gezwungen die Erbſchaft, ob ſie ihm gleich verdächtig und mit Schulden überladen ſchien, hatte antreten müſſen, wo aber nun keiner vorhanden war, dem ſie reſtituirt werden konnte. Der Fiduciar-Erbe wurde von den Erbſchaftsgläubigern wegen Bezahlung der Schulden angegangen, und *Antonin* erlaubte demſelben, ſich gegen die Antretung der Erbſchaft wieder in den vorigen Stand einſetzen zu laſſen und die Gläubiger an die Erbſchaft allein zu verweiſen. Daſs hier von der eigentlichen Rechtswohlthat der Abſonderung gar nicht die Rede iſt, zeigt die Lage der Sache deutlich genug, und es war bloſs ein Irrthum, daſs *Ulpian* eine eigentlich zu der Lehre von Reſtitutionen gehörige Materie mit da aufnahm, wo er doch eigentlich von der Rechtswohlthat der Abſonderung reden wollte.

Die Römiſchen Geſetze geſtatten das *Beneficium ſeparationis* allen Erbſchaftsgläubigern ohne Unterſchied. Erbſchaftsgläubiger heiſsen alle, die aus einer vollkommenen und bürgerlich wirkſamen Verbindlichkeit des Verſtorbenen etwas zu fordern haben. Ob eine ſolche Verbindlichkeit aus einer Handlung des Verſtorbenen oder aus unmittelbarer Vorſchrift der Geſetze entſprang, ob ferner im erſtern Falle die Handlung des Verſtorbenen eine erlaubte oder uner-

laubté war, gilt hier gleich viel. Nur müſſen die Erbſchaftsgläubiger mit dem Erben ſich in keine Umſchaffung der Verbindlichkeit eingelaſſen, oder erklärt haben, daſs ſie demſelben mehr als der Erbſchaft trauen wollen. *Illud ſciendum eſt*, heiſst es in der *L.* 1, §. 10 *D. de ſeparationib.*, *eos demum creditores poſſe impetrare ſeparationem*, *qui non novandi animo ab herede ſtipulati ſunt. Caeterum ſi eum hoc animo ſecuti ſunt*, *amiſerunt ſeparationis commodum: quippe cum ſecuti ſunt nomen heredis nec poſſunt iam ſe ab eo ſeparare*, *qui quodammodo eum elegerunt.* Mit Uebergehung des erſten Falles, der nach *Juſtinians* neueſter Verordnung in der *L.* 8 *C. de novat. et deleg.* m) beurtheilt werden muſs, wende ich mich ſogleich zu dem zweyten, zu welchem in den Geſetzen folgende einzelne Ereigniſſe gezählt werden. 1. Wenn der Erbſchaftsgläubiger von dem Erben und Schuldner Zinſen beygetrieben hat, *ea mente*, (dies ſind die Worte der *L.* 1, §. 10 *D. de ſeparat.*,) *quaſi eum eligendo.* Daſs hier von keiner Novation, ſelbſt nach dem ältern Rechte, die Rede ſeyn kann, zeigt ſich aus der ganzen Faſſung der Stelle; ſondern bloſs von einer ſtillſchweigenden Erklärung des Erbſchaftsgläubigers, ſich an den Erben halten zu wollen, muſs die Geſetzſtelle verſtanden werden. Aber wenn kann man denn von dem Erbſchaftsgläubiger ſagen, daſs er Zinſen von dem Erben gefordert habe: *ea mente quaſi eum eligendo?* Daraus, daſs er den Erben gerichtlich oder auſsergerichtlich in Anſpruch nimmt, folgt doch dieſe Abſicht wahrlich noch nicht, denn wie ſollte er anders zu den ihm gebührenden Zinſen gelangen? — — Und eben ſo wenig kann dieſe ſeine Intention daraus abgeleitet werden, wenn er die von dem Capitale fälligen Zinſen von dem Erben entgegen genommen hat. Es

m) Vergleiche über dieſes Geſetz noch insbeſondere C. L. *Crell Obſervationes de animo novandi verbis expreſſo ad L.* 8 *C. de novat.*, Vitemb. 1737; und *I. Werlhoff de novat. et deleg.* D., §. 8 ſeq. — Sonſt gehört hierher auſser dem Falle, wenn zwiſchen dem Erbſchaftsgläubiger und dem Schuldner wirklich eine Umſchaffung der Verbindlichkeit vor ſich gegangen iſt, auch nach *L.* 1, §. 10 *D. de ſeparat.*, der Fall: *ſi* (*creditor hereditarius*) *novandi animo ab herede ſtipulatus fuerit*, oder, wie *Frick*, Lib. ſing. *de debitoris demortui creditoribus ad ſeparat. benef. admittendis*, Helmſt. 1783, S. 19, bemerkt, wenn der Erbſchaftsgläubiger am Ende des Schuldſcheins erklärt: er wolle das Capital, welches er bisher von dem Verſtorbenen zu fordern hatte, deſſen Erben vorgeſchoſſen haben. Denn aus dieſer Clauſel erhellet zwar die Umſchaffung der Verbindlichkeit ſelbſt noch lange nicht, wohl aber der *animus novandi*, der hier genügt.

mufs alfo fchlechterdings hinter diefen Worten etwas verborgen liegen, was man nicht fogleich beym erften Anblicke dahinter verfteckt fucht. Irre ich mich nicht, fo will das Gefetz fo viel fagen: Ein Gläubiger, der wegen der Erbfchaftsforderung den Erben auf die Entrichtung der Zinfen fo belangt, als wenn er diefe Zinfen von einer Forderung, die der Erbe felbft fchuldig ift, begehrte, foll von der Rechtswohlthat der Abfonderung ausgefchloffen werden, weil er dadurch anzeigt, dafs er die Forderung nicht mehr als eine mit der Erbfchaft zufammen hängende Forderung, fondern als eine folche betrachten wolle, die er an den Erben felbft zu machen hat. Nun aber fragt fichs wieder: Wenn kann man von dem Erbfchaftsgläubiger fagen, er habe den Erben auf die vorbefchriebene Art wegen der Zinfen belangt, oder folche fo von ihm begehrt? — Ich glaube, es müffen dahin folgende Fälle gerechnet werden: a. wenn der Gläubiger von dem Erben Zinfen verlangt, der Erbe ihm aber entgegen fetzt, dafs die Erbfchaft noch nicht regulirt fey, und er daher noch warten müffe, der Gläubiger aber antwortet, dafs ihn die Erbfchaft jetzt weiter nichts angehe, fondern er von ihm als Erben die Zinfen und als von einer eignen Schuld fordere; b. wenn der Gläubiger in dem Klage-Libell der Forderung aus der Erbfchaft gar nicht erwähnt, fondern geradezu behauptet, dafs ihm der Erbe ein gewiffes Capital fchuldig fey und davon die fchuldigen Zinfen nicht abgetragen habe. Endlich c. gehört auch hierher, wenn der Gläubiger bey Gelegenheit der Einforderung der Zinfen gerichtlich oder aufsergerichtlich erklärt, ihn bekümmere weiter die Erbfchaft nicht, fondern er werde fich wegen Capitals und Zinfen an den Erben halten. Nur unter diefen Umftänden kann man, wie das Gefetz fagt, annehmen, der Erbfchaftsgläubiger habe *ea mente quafi eum eligendo* von dem Erben Zinfen gefordert, und fey daher der Rechtswohlthat der Abfonderung verluftig. Im Zweifel fprachen jedoch gewifs die Römer zu Gunften des Erbfchaftsgläubigers, auch erlaubten fie, ihm über feine wahre Abficht, wenn folche dunkel und zweydeutig war, den Eid zuzufchieben. Man vergleiche *L. ult. D. de feparat.*

Zu dem letztern oben gedachten Falle gehört ferner und 2. wenn fich der Erbfchaftsgläubiger von dem Erben wegen feiner Forderung ein Unterpfand beftellen läfst. *Si quis*, (heifst es in der *L.* 1, §. 15 *D. de feparat.*, *pignus ab herede acceperit, non concedenda eft ei feparatio, quafi eum fecutus fit.* Nach diefem Gefetze fcheint es zwar, als wenn der Erbfchaftsgläubiger unter jeder Be-

dingung von der Rechtswohlthat der Absonderung ausgeschlossen worden sey, so bald er nur von dem Schuldner und Erben sich ein Pfandrecht habe bestellen lassen; allein sieht man auf den Sinn des Gesetzes, so zeigt es sich deutlich, dass ihm diese Rechtswohlthat nur alsdann abgesprochen werden kann, wenn er sich ein Pfandrecht an dem eignen Vermögen des Erben hat ertheilen lassen, es möge dasselbe übrigens ein allgemeines oder besonderes Pfandrecht, ein Faustpfand oder eine Hypothek seyn. Er geniesst folglich diese Rechtswohlthat alsdann noch immer, wenn er sich ein Pfandrecht von dem Erben an der Verlassenschaft des Verstorbenen und seines Schuldners hat ertheilen lassen. — Die Worte: *quasi eum secutus sit*, rechtfertigen diese Erklärung, wie ich wenigstens glaube, völlig. Sie zeigen an, dass der Erbschaftsgläubiger sich von dem Erben ein solches Unterpfand bestellen lassen musste, aus dessen Bestellung hervor geht, er habe ihm mit Vernachlässigung der Erbschaft trauen wollen. [n])

Zwar scheint diesem die *L.* 1, §. 11 *D. de separat.* entgegen zu stehen. *Item quaeritur*, (heisst es hier,) *si satis acceperunt ab eo, an impetraverint separationem. Et non puto: sic enim secuti sunt eum, forte quem movebit. Quid ergo, si satis idoneum non acceperunt? Et sibi imputent, cur minus idoneos fideiussores accipiebant.* Nach diesem Gesetze soll der Erbschaftsgläubiger, welcher sich zur Sicherung seiner Forderung einen Bürgen hat bestellen lassen, der Rechtswohlthat der Absonderung verlustig seyn, und man möchte daher daraus schliessen können, dass eben dieses durchgängig bey der Bestellung eines Unterpfandes Statt finden müsse; allein der Entscheidungsgrund ist hier ein anderer, und passt nicht auf den Fall, wenn der Erbschaftsgläubiger sich ein Unterpfand von dem Erben hat ertheilen lassen. Warum soll nach der *L.* 2, §. 15 *D. de separat.* der Erbschaftsgläubiger, welcher sich von dem Erben ein Unterpfand wegen seiner Forderung hat bestellen lassen, das Separations-Recht verlieren? Darum, weil er erklärt hat, dem Erben mehr als der Erbschaft trauen zu wollen. Dies kann man aber nur von ihm sagen, wenn er sich das Pfandrecht an dem Vermögen des Erben selbst hat ertheilen lassen. — Und warum heisst es in der *L.* 1, §. 11 *D. eod.*, es sey einem Erbschaftsgläubiger das *Beneficium separationis* nicht zu verwilligen, der sich einen Bürgen von dem Erben hat bestellen lassen? Darum,

n) Vergleiche noch *d'Arnaud Coniectur.*, 388.

weil er stillschweigend auf diese Rechtswohlthat Verzicht geleistet hat. Indem er einen Bürgen annahm, erklärte er sich gleichgültig darüber, ob und wie er aus der Erbschaft würde befriedigt werden können, er erklärte sich, sich an den Bürgen halten zu wollen, — *sequi fideiussorem.* — Aber von dem Erbschaftsgläubiger, welcher sich von dem Erben ein Unterpfand an der Erbschaft geben läſst, kann man nicht sagen, *eum secutum esse heredem;* er erklärt vielmehr dadurch, daſs er sich nur an die Erbschaft halten will, und bestärkt eher sein ihm gesetzlich zugesichertes *Beneficium separationis*, als daſs er es aufgiebt. — *Ulpian* faſste bey seiner Entscheidung in der *L.* 1, §. 11 *D. de separat.* denselben Gesichtspunkt, der in der *L.* 2, §. 15 *D. eod.* gefaſst worden ist. Richtig ist darum doch die Entscheidung nicht durchgehends, wenigstens nicht auf alle Fälle berechnet. Denn wenn nun der Erbschaftsgläubiger sich darum den Bürgen geben lieſs, weil er wuſste, daſs so viele Concurrenten in Ansehung der Erbschaft da waren, daſs er nicht würde befriedigt werden können? Hier lag doch gewiſs in der Annahme eines Bürgen noch keine Verzichtleistung auf die Rechtswohlthat der Absonderung? — Indeſs, *Justinian* hat einmahl die Entscheidungen einzelner Rechtsgelehrten in seinen Pandecten zu Gesetzen erhoben.

Aber diese in den Gesetzen deutlich angeführten Handlungen sind es nicht allein, woraus gefolgert werden muſs, daſs die Gläubiger erklärt haben, sich an den Erben selbst halten zu wollen, sondern es müssen derer noch mehrere angenommen werden. Die Endesworte des §. 15 der oben angeführten Gesetzstelle geben dies deutlich zu erkennen. *Neque enim,* (heiſst es,) *ferendus est, qui taliter qualiter eligentis tamen mente heredis personam secutus est.* Nach diesem Gesetze soll schlechterdings jeder Erbschaftsgläubiger von der Rechtswohlthat der Absonderung ausgeschlossen seyn, der auf irgend eine Art erklärt hat, daſs er mehr dem Erben und gegenwärtigen Schuldner als der Erbschaft trauen wolle. Man kann indeſs diese so allgemeine Verfügung des Gesetzes nur mit groſser Behutsamkeit anwenden, und unter Voraussetzung solcher Handlungen, die den oben angeführten völlig gleich kommen. Vorzüglich würde ich dahin noch den Fall zählen, wenn der Schuldner sich über die Forderung eine neue Schuldverschreibung von dem Erben hat ausstellen lassen, ob er gleich die alte, von dem Erblasser ihm gegebene, noch besaſs. Denn war diese verloren gegangen, so würde man die von dem Erben geschehene Ausstellung einer neuen

Schuldverſchreibung nur dahin deuten können, daſs der Erbſchaftsgläubiger ſich wegen ſeiner Forderung habe ſichern wollen.

Hieraus ergiebt es ſich denn auch, daſs ein Erbſchaftsgläubiger nicht von der Rechtswohlthat der Abſonderung ausgeſchloſſen werden kann, wenn er mit dem Erben eine Prorogation der bereits fälligen Erbſchaftsſchuld vorgenommen hat. Denn aus dieſer Handlung folgt noch keinesweges, daſs er bloſs dem Erben habe trauen wollen, auch iſt ſolche nicht als eine Novation, ſondern vielmehr als eine in Hinſicht auf das *Beneſicium ſeparationis* ganz unbedeutende Handlung zu betrachten. Man würde auch im Gegentheile die Rechtswohlthat der Abſonderung jedem Erbſchaftsgläubiger abſprechen müſſen, der auf irgend eine Art mit dem Erben ſich wegen ſeiner Forderung in eine Verhandlung oder Klage eingelaſſen hat.

Was Rechtens ſey, wenn einige Erbſchaftsgläubiger dem Erben getrauet haben, andere aber nicht, entſcheidet *L.* 1, §. 16 *D. de ſeparat.* Nach dieſem Geſetze ſollen diejenigen Erbſchaftsgläubiger, welche dem Erben mehr als der Erbſchaft trauten, zur Rechtswohlthat der Abſonderung überhaupt nicht zugelaſſen werden, auch ſoll ihnen dieſelbe nicht zu Statten kommen, wenn ſie von den übrigen Gläubigern nachgeſucht worden iſt.

Die Rechtswohlthat der Abſonderung iſt in den Geſetzen den Erbſchaftsgläubigern im Allgemeinen zugeſtanden worden. Indeſs fehlt es nicht an Rechtslehrern, o) welche denjenigen Erbſchaftsgläubigern, die mit einem Pfandrechte verſehen ſind, dieſe Rechtswohlthat entweder geradehin abſprechen, oder auch behaupten, daſs ſie ſolche nicht bedurft hätten, welchen ich aber mit einem neuern Rechtslehrer p) nicht beypflichten kann. Denn 1. reden die Geſetze ganz allgemein und geſtatten dieſe Rechtswohlthat allen und jeden Erbſchaftsgläubigern; wo aber die Geſetze keine Ausnahme machen, darf auch der Rechtsgelehrte keine annehmen. Nicht nur in den Geſetzen der Pandecten iſt ganz allgemein von den Erbſchaftsgläubigern die Rede, ſondern auch in der *L.* 2 *C. de reb. auct. iud. poſſid.* wird geſagt, daſs der *Prätor* das *Remedium indemnitatis* den *Creditoribus hereditariis* verſtattet habe, ohne daſſelbe auf die chirographariſchen

o) *I. Brunnemann* ad *L.* 1 *D. de ſeparat.*, No. 2, und in *Tract. de concurſu credit.*, C. V, §. 12; *von Cramer in den Wetzlariſchen Nebenſt.*, Th. 94, Nr. 11; *Huber Praelect. iur. civil.*, Tit. *de ſeparat.*, §. 1; u. a. m.

p) *Frick a. a. O.*, §. 17.

Gläubiger einzuschränken. Dann 2. ist die Rechtswohlthat der Absonderung den Erbschaftsgläubigern darum verstattet worden, damit sie durch die vermittelst der Confusion hervor gebrachte Gemeinschaft nicht in Schaden kommen mögen, welcher Grund so wohl von den chirographarischen als hypothekarischen Gläubigern gilt, indem auch die letztern durch die vermöge der Erbschaftserwerbung entstandene Confusion behindert werden, eine von den Gläubigern des Schuldners abgesonderte Befriedigung aus der Erbschaft zu begehren, und ihr Hypotheken-Recht allein, welches ihnen freylich immer dabey ungekränkt bleibt, noch nicht zureicht, allen Nachtheil von ihnen abzuwenden, da ja unter den Gläubigern des Schuldners privilegirte seyn können, die ihnen vorgezogen werden müssen, indem der Satz, daſs Erblasser und Erbe als Eine Person zu betrachten sind, nicht zuläſst, daſs man die Grundsätze auf sie anwenden kann, welche von den Gläubigern gelten, die an einer Sache eine Hypothek erhalten haben, ehe solche noch an den Schuldner kam. q)

Da das *Beneficium separationis* eine ausschliessende Befriedigung aus der Erbschaft verschafft, so ist es auch nicht auffallend, wenn es in der *L.* 1, §. 3 *D. de separat.* r) heiſst, daſs der Erbschaftsgläubiger, welcher die Absonderung nachgesucht und erhalten hat, demjenigen vorgezogen werden soll, welchem der Erbe nach Antretung der Erbschaft ein Pfandrecht an einer *Res hereditaria* ertheilt hatte.

Die Erbschaftsgläubiger können sich der Rechtswohlthat der Absonderung, wenn sie sich derselben nicht verlustig gemacht haben, gegen jeden Gläubiger des Erben bedienen, auch sogar gegen den Staat und die Municipien, wenn diese etwas von dem Schuldner und Erben zu fordern haben. *Sed etiam,* (heiſst es in der *L.* 1, §. 4 *D. de separat.*,) *adversus fiscum et municipes impetraretur separatio.* Auch können die Erbschaftsgläubiger sich der Rechtswohlthat der Absonderung nicht nur gegen die Gläubiger mehrerer Schuldner und Erben, son-

q) Mehrere Gründe, welche mir aber zum gröſsten Theile nichts zu beweisen scheinen, sehe man bey *Frick a. a. O.*

r) Sciendum est autem, etiam obligatas res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecae, attamen si hereditaria fuerit iure separationis hypothecario creditori, potiorem esse eum, qui separationem impetravit: et ita Severus et Antoninus rescripserunt. — Ob man in diesem Gesetze lieſt: *Creditori* oder *CreditorE*, kann wohl auf die Erklärung desselben keinen Einfluſs haben.

dern auch selbst gegen Erbschaftsgläubiger bedienen. Wegen des erstern Falles ist die *L.* 1, §. 8 *D. de separat.* merkwürdig. *Sciendum,* (heisst es daselbst,) *haec videamus, si primus heredem scripserit, secundus tertium, et tertii bona veneant: qui creditores possint separationem impetrare? Et putem, si quidem primi creditores petant, utique audiendos et adversus secundi et adversus tertii creditores: si vero secundi creditores petant adversus tertii, utique eos impetrare posse, adversus primi autem non posse. In summa primi quidem creditores adversus omnes impetrare possunt separationem, secundi creditores adversus primi non possunt, adversus tertii possunt.* Das Gesetz bezieht sich zugleich mit auf die Frage, welche ich hernach untersuchen werde: ob nämlich die Gläubiger des Erben und Schuldners auch die Separation nachsuchen können? Der Fall, von welchem das Gesetz vorzugsweise redet, ist dieser: A hatte Gläubiger, starb und hinterliess dem B sein Vermögen. Auch dieser starb verschuldet, und setzte den C zum Erben ein, dessen Güter nun von den Gläubigern veräussert wurden. Es entstand die Frage: ob die Gläubiger des A sich so wohl gegen die Gläubiger des B als des C der Rechtswohlthat der Absonderung bedienen könnten; und diese Frage wird nicht nur in den Gesetzen bejahet, sondern auch den Gläubigern des B gegen die Gläubiger des C die Absonderung eingeräumt. — Der zweyte Fall läst sich folgender Gestalt denken: Der insolvent gewordene Schuldner ist Erbe mehrerer Personen des A, B und C geworden, die bey ihrem Ableben ebenfalls Gläubiger hatten. Hier müssen die Gläubiger des A sich der Rechtswohlthat der Absonderung gegen die Gläubiger des Schuldners und Erben nicht nur, sondern auch gegen die des verstorbenen B und C bedienen können, und gleiche Befugniss muss auch den Gläubigern des B und C als Erbschaftsgläubigern, so wohl gegen die Gläubiger des verstorbenen A als unter einander, und gegen die Gläubiger des Schuldners und Erben zuständig seyn.

Die Erbschaftsgläubiger können nicht nur dann auf die Rechtswohlthat der Absonderung Anspruch machen, wenn ihre Forderung bereits fällig war, sondern auch dann, wenn ihnen der Verstorbene etwas *ex die* oder *sub conditione* schuldig war. *Creditoribus,* (heisst es in der *L.* 4 *D. de separat.,*) *quibus ex die vel sub conditione debetur, ut propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur.* Denn auch

hier bedürfen sie der Rechtswohlthat der Absonderung als eines Sicherheitsmittels, weil sie sonst durch die Gläubiger des Erben und Schuldners gefährdet werden könnten. — Und damit sie um so weniger zu kurz kommen möchten, haben ihnen die Gesetze auch diese Rechtswohlthat alsdann verstattet, wenn der Schuldner Erbe eines Bürgen geworden ist, der sich für die Forderung des Erbschaftsgläubigers verbürgt hat. Merkwürdig ist hier die Verordnung der *L. 3 D. de separat.*: *Debitor fideiussori heres exstitit, eiusque bona venierunt: quamvis obligatio fideiussoris exstincta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus: sive solus sit hereditarius creditor, sive plures, neque enim ratio iuris, (quae) causam fideiussoris propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.* In dem Gesetze ist die Rede von einem Bürgen, der dem Erbschaftsgläubiger zur Sicherung seiner Forderung bestellt war, und dessen Erbe der gegenwärtige Schuldner geworden war. Ob nun gleich die aus der Bürgschaft entspringende Verbindlichkeit dadurch ein Ende genommen hatte, indem Schuldner und Bürge in Einer Person beysammen nicht bestehen können; so soll doch der Gläubiger das Recht haben, auf die Absonderung der Erbschaft des Bürgen, wenn die Güter des Schuldners wegen dessen Unfähigkeit, Zahlung zu leisten, veräufsert werden, zu dringen, weil es unbillig seyn würde, wenn der Erbschaftsgläubiger, der sich doch so sehr vorgesehen hatte, durch eine so zufällige Confusion, als sich im vorliegenden Falle ereignet hatte, in Schaden kommen sollte.

So sehr auch die Rechtswohlthat der Absonderung in Hinsicht auf die Erbschaftsgläubiger von den Gesetzen begünstigt worden ist, so wenig läfst sich doch ein Schlufs davon auf die Gläubiger des Erben selbst machen, und behaupten, dafs sie auch diesen verstattet sey. Ihnen wird sie vielmehr ausdrücklich in den Gesetzen abgesprochen. *Quaesitum est*, (heifst es in der *L. 1, §. 5 D. de separat.*,) *an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? sed nullum remedium est proditum; sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt, nisi si extra ordinem putamus, Praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est; quod non facile admissum est.* Nach diesem Gesetze wird den Gläubigern des gegenwärtigen Schuldners und Erben die Rechtswohlthat der Absonderung schlechthin, selbst auch alsdann abgesprochen, wenn der

Schuldner in der Absicht, sie um das Ihrige zu bringen, die Erbschaft angetreten hat. Denn, (heiſst es mit ausdrücklichen Worten,) sie hätten es ihrer eignen Unvorsichtigkeit zu verdanken, mit einem solchen Schuldner contrahirt zu haben, es sey denn, daſs ihnen der Prätor aus bloſser Billigkeit gegen die Betrügerey des Schuldners zu Hülfe käme, was aber nicht leicht geschehen dürfe. Der Prätor hatte also unstreitig das Recht, *extra ordinem* auch den Gläubigern des Erben die Separation zu gestatten, doch blieb die Separation hier immer bedenklich, und wurde nicht anders als aus sehr triftigen Gründen gegeben. Welche diese triftige Gründe waren, wissen wir nicht. Indeſs kommen doch in den Gesetzen zwey bestimmte Fälle vor, in welchen die Rechtswohlthat der Separation ertheilt wurde. Der erste Fall ist in der *L.* 1, §. 6 *D. de separat.* enthalten, welche ich schon oben gelegentlich erläutert habe. Nach derselben soll nicht nur demjenigen, der gezwungen eine fideicommissarische Erbschaft hatte antreten müssen, gegen die Erbschaftsgläubiger geholfen, sondern auch seinen Gläubigern gegen diese die Rechtswohlthat der Absonderung zugesprochen werden, selbst dann, wenn er sie selbst nicht verlangt haben sollte. *Creditoribus quoque,* (heiſst es am Schlusse dieses Gesetzes,) *huiusmodi heredis*, *desiderantibus hoc idem praestandum puto*, *licet ipse non desideravit: ut quasi separatio quaedam praestetur.* Den zweyten Fall enthält *L.* 1, §. 7 *D. de separat.*: *Item videamus, si quis heres parenti exstiterit, cum esset impubes, deinde intra pubertatem decesserit, et substituti bona veneant, qui impuberis hereditatem adiit; an patris creditores possint separationem impetrare? Et puto posse: hoc amplius puto, etiam impuberis creditores posse separationem adversus creditores* (*heredis*) *eius impetrare.* In dem Gesetze ist die Rede von einem Unmündigen, der die väterliche Erbschaft antrat und während der Jahre der Unmündigkeit verstarb, worauf ihm der im väterlichen Testamente ernannte Substitut succedirte. Mit dessen Vermögen kam es zur Veräuſserung, und es entstand die Frage, ob die Gläubiger des Vaters so wohl, als die des Unmündigen sich auf die Rechtswohlthat der Absonderung berufen könnten. Wegen der erstern, meint *Ulpian*, habe es gar kein Bedenken, aber auch den letztern müsse sie zugestanden werden. Erwägt man die Sache genau, so ergiebt sich bald, daſs die Gläubiger des Unmündigen im Verhältnisse zu dem Substituten und dessen Gläubiger auch Erbschaftsgläubiger waren, und schon aus diesem Grunde die

Rechtswohlthat der Abſonderung hatten. Aber im Verhältniſſe zu den Gläubigern des Vaters des Unmündigen erſchienen ſie, nach den Grundſätzen der Pupillar-Subſtitution, wie eigentliche Gläubiger des Schuldners, und konnten daher auf die Rechtswohlthat der Abſonderung nicht anders als ausnahmsweiſe Anſpruch machen.

Die Wirkungen, welche die Rechtswohlthat der Abſonderung, wenn ſie von den Erbſchaftsgläubigern nachgeſucht und erreicht worden iſt, hervor bringt, beſteht darin, daſs die Erbſchaftsgläubiger nicht nöthig haben, ſich mit den Gläubigern des gegenwärtigen Schuldners und Erben in eine ihnen nachtheilige Gemeinſchaft einzulaſſen, ſondern aus der abgeſonderten Erbſchaft allein ihre Befriedigung begehren können. — Und zwar können ſie nicht nur die Abſonderung der Erbſchaft begehren, wie ſie bey dem Ableben des Erblaſſers vorhanden war, ſondern auch die Abſonderung alles desjenigen verlangen, was hernach zu der Erbſchaft hinzu getreten iſt, indem nach den Geſetzen auch dies als ein Theil der Erbſchaft angeſehen, und ihnen daran ebenfalls ein ausſchlieſsendes Recht geſtattet wird. s) — Reicht die Erbſchaft nicht nur zu ihrer Befriedigung zu, ſondern bleibt noch gar etwas übrig, ſo fällt dieſes der Vermögensmaſſe des Schuldners und Erben anheim, und wird zur Befriedigung der Gläubiger deſſelben aufgewendet; reicht ſolche hingegen nicht zu, ſo müſſen die Erbſchaftsgläubiger, wenn ſie ſich nicht gütlich vereinbaren können, nach eben den Grundſätzen befriedigt werden, die ich oben angegeben habe. Auch ſtanden ihnen in Hinſicht auf die abgeſonderte Gütermaſſe eben die Rechte zu, welche die Gläubiger bey einem Schuldenweſen hatten. Nur wenn einmahl die Erbſchaftsgläubiger von der Rechtswohlthat der Abſonderung Gebrauch gemacht hatten, ſtand es ihnen hernach nicht frey, wieder zu dem Vermögen des Schuldners und Erben zurück zu kehren, und aus demſelben dasjenige zu fordern, was ſie von ihren Forderungen aus der abgeſonderten Erbſchaft nicht hatten erhalten können. *Si creditores hereditarii*, (heiſst es in der *L.* 5 *D. de ſeparat.*,) *ſeparationem bonorum impetrarunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus: non poterunt reverti ad heredem, ſed eo quod ſemel poſtulaverunt, ſtare debent.* Nur 1. alsdann wird ihnen der Regreſs an das Vermögen des jetzigen

s) *L.* 5 *D. de ſeparat.*

Uu

Schuldners und Erben gestattet, wenn nach Bezahlung der Gläubiger desselben etwas übrig bleibt; [r]) und so ist auch 2. überhaupt den Gläubigern, welche die Absonderung des Vermögens ihres Bürgen, dessen Erbe der Schuldner geworden ist, von seinem eignen Vermögen begehren, das Recht zugestanden worden, zu dem Vermögen des Schuldners und Erben zurück zu kehren, wenn sie aus der Erbschaft des Bürgen nicht ihre volle Befriedigung erhalten haben. *Quid ergo,* (heifst es in der *L.* 3, §. 1 *D. de separat.*,) *si bonis fideiussoris separatis solidum ex hereditate stipulator consequi non possit, utrum pactio cum caeteris heredis creditoribus ei quaerenda erit? an contentus esse debebit bonis, quae separari maluit? sed cum stipulator iste, non adita fideiussoris a reo hereditate, bonis fideiussoris venditis, in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit: ratio non patitur, eum in proposito summoveri.* Als Grund, warum dem Gläubiger, da er aus der abgesonderten Erbschaft des Bürgen seine Befriedigung nicht erhalten kann, zu dem Vermögen des Schuldners zurück zu kehren erlaubt wird, giebt das Gesetz den an, weil er, wenn auch gleich der Schuldner die Erbschaft angetreten hätte, und die Güter des Bürgen geradezu von ihm wären angegriffen und zur Veräusserung gebracht worden, doch sich noch unter die Gläubiger des Schuldners hätte mischen und mit diesen den Rest aus dem Vermögen desselben hätte fordern können. Man kann daher nicht sagen, dass ein gleicher Grund auch bey den Erbschaftsgläubigern überhaupt Statt finden müsse, indem sich auch diese zuerst an die Erbschaft, und dann an den Schuldner hätten halten können, indem die durch die Erbschaftserwerbung entstehende Confusion sie zwang, sich durchgehends an den Schuldner zu halten, und bloss die Rechtswohlthat der Absonderung sie davon befreyen konnte, welches in dem vorliegenden Falle aber nicht geschieht, wo die Verbindlichkeit des Bürgen vermittelst einer Rechtserdichtung aufrecht erhalten wird.

Ich habe vorhin bemerkt, dass die Erbschaftsgläubiger, wenn sie einmahl um die Rechtswohlthat der Absonderung nachgesucht, und solche erhalten haben, hernach nicht wieder zu dem Vermögen des Erben zurück kehren und aus diesem wegen desjenigen, was sie aus der Erbschaft noch nicht erhalten haben, ihre Befriedigung begehren können, den Fall ausgenommen, wenn die Gläubi-

r) *L.* 3, §. 2 *D eod.*

ger des Schuldners und Erben bereits völlig abgefunden worden ſind. Indeſs können ſie doch gegen die nachgeſuchte Rechtswohlthat der Abſonderung zuweilen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bekommen, wenn ſie nämlich ſich mit einer gerechten Unwiſſenheit entſchuldigen können. *Atſi*, (heiſst es in der *L.* 1, §. 17 *D. de ſeparat.*,) *creditores defuncti deſiderent, ut etiam in bonis heredis ſubſtituantur, non ſunt audiendi: ſeparatio enim, quam ipſi petierunt, eos ab iſtis bonis ſeparavit. Si tamen temere ſeparationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam poſſunt iuſtiſſima ſcilicet ignorantiae cauſſa allegata.* — Aber worin dieſe gerechte Urſache der Unwiſſenheit, mit deren Anführung ſich die Erbſchaftsgläubiger ſchützen können, beſteht, davon ſchweigen die Geſetze ganz. Nach einer richtigen Erklärung des angeführten Geſetzes kann nichts anderes als der Fall darunter verſtanden werden, wenn die Erbſchaftsgläubiger den Beſtand der Erbſchaft nicht gehörig in Erfahrung bringen konnten, und ſie daher weit gröſser annahmen, als ſie wirklich war, hernach aber, als die Abſonderung wirklich geſchehen war, bey der abgeſonderten Erbſchaft zu kurz kamen. So gewiſs es iſt, daſs ihnen in dieſem Falle das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zukommen muſs: eben ſo gewiſs iſt es, daſs der Ertheilung deſſelben eine richterliche Unterſuchung über den Punct, ob ſie auch wirklich eine gerechte Urſache der Unwiſſenheit für ſich haben, vorauf gehen muſste, und es nöthig war, darüber die Gläubiger des Erben zu hören.

Es fragt ſich noch: ob auch der Schuldner und Erbe ſich ſelbſt auf die Rechtswohlthat der Abſonderung berufen könne? Die Beantwortung dieſer Frage, welche ſich nicht anders denken läſst, als wenn der Schuldner und Erbe ſelbſt Gläubiger des Verſtorbenen war, ſcheint darum ihre Schwierigkeiten zu haben, weil durch die Antretung der Erbſchaft vermittelſt der Confuſion das Recht des Erben als Gläubigers aufgehoben wurde. Allein nichts deſto weniger haben wir Geſetze, worin auch dem Erben und Schuldner die Rechtswohlthat der Abſonderung geradehin geſtattet wird. *Ita ſciendum eſt*, (heiſst es in der *L.* 1, §. 18 *D. de ſeparat.*,) *neceſſarium heredem ſervum cum libertate inſtitutum impetrare poſſe ſeparationem: ſcilicet, ut ſi non attigerit bona patroni, in ea cauſa ſit, ut ei, quidquid poſtea acquiſiverit, ſeparetur, ſed et ſi quid ei a teſtatore debetur.* Nach dieſem Geſetze ſoll der mit der Freyheit zum Erben eingeſetzte Sclave auch wegen desjenigen die Rechtswohlthat der Abſonderung genie-

ſsen, was ihm der Erblaſſer ſchuldig war, aber nur unter der Bedingung: *ſi non attigerit bona patroni*. Von der Erbſchaftsantretung kann dies nicht verſtanden werden, weil ja von einem Notherben die Rede war, der nicht erſt nöthig hatte, die Erbſchaft zu erwerben, ſondern ſie bereits *ipſo iure* erworben und ſich zu eigen gemacht hatte. Man muſs daher das Geſetz ſo erklären, daſs der Erbe als Erbſchaftsgläubiger auf die Rechtswohlthat der Abſonderung nur unter der Vorausſetzung ſoll Anſpruch machen können, wenn er ſich noch nicht in die Erbſchaft eingemiſcht und mit den Vermögensſtücken des Erblaſſers auf irgend eine Art befaſst hat. Daſs übrigens die Vorſchrift des Geſetzes allgemein zu nehmen ſey und, ob ſie gleich nur eigentlich von Notherben redet, auch auf jeden andern Erben ausgedehnt werden könne, ſcheint mir um ſo weniger Bedenken zu haben, als ich nicht einſehe, welche Verſchiedenheit, mit Hinſicht auf den vorliegenden Fall, zwiſchen Noth- und freywilligen Erben iſt.

Bey welchem Richter die Abſonderung nachgeſucht werden müſſe, entſcheiden die Geſetze nicht deutlich, ſondern die *L.* 1, §. 14 *D. de ſeparat.* ſagt bloſs im Allgemeinen: *De his autem omnibus, an admittenda ſeparatio ſit, nec ne, Praetoris erit, vel praeſidis notio, nullius alterius.* Beym erſten Anblicke ſcheint es zwar, als wenn die Abſonderung bey dem Richter habe nachgeſucht werden müſſen, unter deſſen Gerichtsbarkeit der verſtorbene Schuldner ſtand, indem durch die Perſon des Erben ſo wenig die Verbindlichkeit des verſtorbenen Schuldners geändert, [u]) als der Zuſtand der Erbſchaftsgläubiger verſchlimmert werden kann. Allein da der Erbe nur unter Einſchränkungen [v]) bey dem Richter des verſtorbenen Erblaſſers belangt werden kann, und dieſe hier nicht vorhanden ſind, ſo muſste die Rechtswohlthat der Abſonderung unſtreitig bey dem Richter des Erben nachgeſucht werden.

Die Abſonderung muſste von den Erbſchaftsgläubigern bey Strafe des Verluſtes derſelben binnen einer Zeit von fünf Jahren, von Antretung der Erbſchaft an gerechnet, nachgeſucht werden. *Quod dicitur*, (heiſst es in der *L.* 1, §. 13 *D. de ſeparat.*,) *poſt multum temporis ſeparationem impetrari non poſſe, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium poſt aditionem hereditatis*

u) *L.* 2, §. 3 *D. de V. O.*

v) Vergl. *I. C. Koch de foro heredis*, §. 18.

numerandum ſeparatio non poſtuletur. Der Prätor wollte in ſeinem Edicte nicht, daſs *poſt multum temporis* die Rechtswohlthat der Abſonderung geſtattet werden ſollte, und dies legt *Ulpian* in ſeinem Commentar ſo aus, daſs nach fünf Jahren, von Zeit der Antretung der Erbſchaft an gerechnet, die Rechtswohlthat der Abſonderung nicht mehr ertheilt werden dürfe. Woher dieſe ſonderbare Berechnung ihren Urſprung hat, wiſſen wir nicht. Wir müſſen daher annehmen, daſs ſie in der Römiſchen Praxis ihren Grund habe, denn von dem *Ulpian* ſelbſt iſt ſie gewiſs nicht erfunden worden. — Aber warum wollte man denn den Erbſchaftsgläubigern nach fünf Jahren nicht mehr die Separation geſtatten? Ich glaube den Grund davon darin zu finden, weil jetzt die Abſonderung ihre groſsen Schwierigkeiten hatte, indem das Vermögen des Erblaſſers mit dem des Erben durch die Länge der Zeit zu ſehr war vermiſcht worden. Es ſcheint nun zwar, als wenn die *L.* 1, §. 13 *D. de ſeparat.* mit andern hierher gehörigen Geſetzen in Widerſpruch ſteht. Es ſoll nämlich die Abſonderung den Erbſchaftsgläubigern nach andern Geſetzen nur alsdann geſtattet werden, wenn ſie derſelben bedürfen, und dies kann nicht eher der Fall ſeyn, als wenn der Schuldner und Erbe ſo in Vermögensverfall gerathen war, daſs ſeine Güter verkauft werden muſsten. Es möchte alſo ſcheinen, als wenn ſich der von *Ulpian* feſt geſetzte Termin nur unter der Vorausſetzung verſtünde, daſs die Erbſchaftsgläubiger in demſelben überhaupt eine Abſonderung ſuchen konnten, und ſolche zu ſuchen nöthig hatten. — Allein der Widerſpruch iſt wirklich nicht vorhanden, wenn man erwägt, daſs eine Rechtswohlthat unter gewiſſen Vorausſetzungen nur Statt finden, und doch in Abſicht ihrer Dauer an einen beſtimmten Termin gebunden ſeyn kann. Ueber dies ſagt *Ulpian* ausdrücklich, daſs das *quinquennium ab adita hereditate* an berechnet werden ſoll, und der oben davon angegebene Grund erlaubt uns nicht, dieſen Termin nur unter Einſchränkungen anzunehmen. Dazu kommt, daſs es ja nur an den Erbſchaftsgläubigern lag, binnen dieſer Zeit die Probe zu machen, ob der Erbe bezahlen konnte, oder ob ſie zu der Rechtswohlthat der Abſonderung ihre Zuflucht nehmen muſsten.

So wie nach dem Ablaufe der geſetzlichen Friſt die Erbſchaftsgläubiger die Rechtswohlthat der Abſonderung verlieren und weiter keinen Regreſs an die Erbſchaft haben, wenn ihnen ſolchen nicht etwa eine erhaltene Hypothek gewährt: eben ſo gehen ſie auch derſelben verluſtig, wenn der Erbe die Erbſchaft verkauft

hat, voraus gesetzt nur, dass er sich dabey keinen Betrug hat zu Schulden kommen lassen. *Ab herede*, (heisst es in der *L.* 2 *D. de separat.*,) *vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur: utique si nulla fraudis incurrat suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.* Denn hat sich der Erbe einen Betrug zu Schulden kommen lassen, so steht den Erbschaftsgläubigern die weiter unten vorkommende Paulianische Klage zu, um den Verkauf der Erbschaft zu rescindiren, und können sie auf den Grund dieser Rescission hernach die Absonderung verlangen. Dabey fragt es sich, worin die *fraus* bestehen kann, von welcher das Gesetz spricht. Ich glaube, es gehört hierher der Fall, wenn der Erbe wusste, dass Erbschaftsgläubiger vorhanden waren, welche er aus seinem Vermögen nicht befriedigen konnte, dass es mit seinem Vermögen bald zur Veräusserung kommen musste, und nun die Erbschaft veräusserte, um den Erbschaftsgläubigern die Absonderung zu entziehen.

Ich habe oben gezeigt, dass die Erbschaftsgläubiger nach Ablauf einer Zeit von fünf Jahren, von der Antretung der Erbschaft an gerechnet, das *Beneficium separationis* nicht mehr haben sollen. Ich habe als Grund davon die Vermuthung angegeben, dass in einer so langen Zeit die Erbschaft mit dem Vermögen des Erben so sehr vermischt worden sey, dass sich zu einer Absonderung nicht füglich mehr schreiten lasse, welche hier als eine *Praesumtio iuris et de iure* angesehen werden muss. Ueber dies verordnen aber auch noch die Gesetze, dass die Absonderung wegfallen soll, wenn das Vermögen des Verstorbenen mit dem des Erben zu sehr vermischt worden ist. *Praeterea*, (heisst es in der *L.* 1, §. 12. *D. de separat.*,) *sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem; confusis enim et unitis separatio impetrari non poterit.* Gleich beym ersten Anblicke des Gesetzes leuchtet es ein, dass hier von einer solchen Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben die Rede ist, dass eine Absonderung gar nicht bewerkstelligt werden kann, welcher Fall sich eigentlich nur mit dem baaren Gelde und andern der Vermischung fähigen Sachen ereignen kann. Darum heisst es auch in dem Verfolge des Gesetzes: *Quid ergo, si praedia exstent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio, nec ferendus est, qui causatur bona contributa, cum praedia contribui non possunt: nisi ita coniunctae possessiones (sint) et permixtae propriis, ut impos-*

ſibilem ſeparationem effecerint; quod quidem perraro contingere poteſt. Aus dieſem Geſetze geht hervor, daſs auch noch *ante quinquennium* die Abſonderung verloren gehen kann, wenn ſich eine Vermiſchung der Erbſchaft mit dem Vermögen des Erben ereignet hat, daſs aber auch, wenn gleich eine Vermiſchung ſich in Anſehung eines Theils zugetragen hat, doch noch eine Abſonderung in Anſehung des andern Theils Statt ſindet, voraus geſetzt nur, daſs die Separation binnen fünf Jahren, von Antretung der Erbſchaft an gerechnet, nachgeſucht wird; denn nach Ablauf dieſer Zeit iſt ſie ſchlechterdings verloren, die Vermiſchung mag geſchehen ſeyn oder nicht.

Ich habe zu Anfang dieſer Lehre den Begriff der Erbſchaftsgläubiger dahin angegeben, daſs darunter alle diejenigen verſtanden werden, welchen der Verſtorbene aus einer bürgerlich wirkſamen Verbindlichkeit etwas ſchuldig war. Mehr Billigkeit als ſtrenges Recht iſt es, wenn in der *L.* 6 *D. de ſeparat.* auch die Legatarien den Erbſchaftsgläubigern beygezählt werden. Nur ihre in neuern Zeiten zur Sicherung der hinterlaſſenen Vermächtniſſe an dem Vermögen des Erblaſſers erhaltene ſtillſchweigende Hypothek rechtfertigt dieſe Beyzählung, denn ohne dies würde man ſie durchaus nur als Gläubiger des Schuldners betrachten können. — Die Worte: *aequum eſt*, welche in dem Geſetze vorkommen, zeigen auch nur zu deutlich, daſs *Julian*, aus deſſen *Libr. Digeſt.* das Fragment genommen iſt, den Legatarien nicht nach dem ſtrengen Rechte die Abſonderung zugeſtehen zu können glaubte. Er ſetzt auch *Creditores hereditarii* und *legatarii* des Verſtorbenen ausdrücklich einander entgegen. Es genieſsen auch die Legatarien des Verſtorbenen mit deſſen Gläubigern nicht gleiche Rechte in Abſicht der Separation, ſondern ſollen nur das erhalten, was nach Bezahlung der Erbſchaftsgläubiger übrig bleibt, *ita, ut cum creditoribus ſolidum acquiſitum fuerit, legatariis vel ſolidum, vel portio quaeratur.* Man muſs indeſs annehmen, daſs da den Legatarien vermöge der Billigkeit die Abſonderung eben ſo wie den Erbſchaftsgläubigern einmahl zugeſtanden worden iſt, ſie auch mit dieſen nach gleichen Grundſätzen mit Hinſicht auf die Folgen der Separation beurtheilt werden müſſen, und daher eben ſo wie dieſe nicht zum Vermögen des Erben zurück kehren dürfen.

Ehe ich die Materie von der Separation der Erbſchaftsgläubiger verlaſſe, muſs ich noch die Frage unterſuchen: ob denn auch noch nach dem Juſtinianei-

ſchen Rechte das Geſuch um Abſonderung immer nöthig ſey, um die Erbſchaftsgläubiger aus der ihnen nachtheiligen Gemeinſchaft mit den Gläubigern des Schuldners und Erben zu bringen. *Juſtinian* hat bekanntlich zu Gunſten des Erben das *Beneficium inventarii* eingeführt, und es möchte ſcheinen, daſs, wenn der Erbe *cum beneficio inventarii* die Erbſchaft angetreten hat, es des Geſuchs um Separation nicht bedürfe, indem jetzt die Erbſchaft ſchon von ſelbſt von dem Vermögen des Schuldners und Erben für abgeſondert zu halten ſey. Es giebt auch wirklich Rechtslehrer, w) welche behaupten, daſs es dieſer Rechtswohlthat in ſolchen Fällen nicht mehr bedürfe, ſo bald nur das Inventarium über die Erbſchaft gehörig angefertigt und bey der Antretung der Erbſchaft *cum beneficio inventarii* nichts vernachläſſigt worden wäre, indem durch den Gebrauch der Rechtswohlthat des Inventarii die Confuſion des Vermögens gehoben würde und das Vermögen des Erben von der Erbſchaft getrennt bliebe, die Abſicht der Rechtswohlthat der Abſonderung aber bloſs die ſey, die den Erbſchaftsgläubigern nachtheilige, durch die Erwerbung der Erbſchaft bewirkte Confuſion des Vermögens wieder aufzuheben. Dagegen fehlt es nun aber auch nicht an Juriſten, x) welche die Rechtswohlthat der Abſonderung auch ſelbſt nach dem Juſtinianeiſchen Rechte auf den Fall, daſs die Erbſchaft *cum beneficio inventarii* angetreten worden iſt, für nöthig finden, wenn die Erbſchaftsgläubiger mit Ausſchluſs der Gläubiger des Erben aus der Erbſchaft befriedigt ſeyn wollen, weil ſie von *Juſtinian* nirgends aufgehoben, vielmehr neben der Rechtswohlthat des Inventarii von ihm beybehalten worden iſt.

Was mich betrifft, ſo finde ich es unbedenklich, den letztern beyzutreten. Denn ſo ſehe ich durchaus nicht ein, wie man von der Rechtswohlthat des Inventarii ſagen könne, daſs ſie die Separation überflüſſig mache. Die Rechtswohlthat des Inventarii iſt 1. bloſs zu Gunſten des Erben als ein beſonderes Privilegium eingeführt worden, das, nach der Natur aller Privilegien, ſo ſchon keiner Ausdehnung fähig iſt, und daher auch auf die Erbſchaftsgläubiger nicht erſtreckt werden darf. Dann 2. wird auch ſelbſt in Anſehung des Erben die Con-

w) *W. A. Lauterbach Colleg. theor.-practic.*. Tit. *de ſeparat.*, §. 37 in fin., und in der D. *de ſeparat.*, §. 3. *I. T. Carrach Differentiae iur. Rom. et Germ. in benef. ſepar.*, §. 10.

x) *A. P. Frick L. S. de debitoris demortui credit. ad benef. ſepar. admitt.* Helmſt. 1783, §. 3.

fusion des Vermögens dadurch nicht ganz aufgehoben, [y]) sondern bloss die Wirkung dieser Confusion so weit eingeschränkt, dass der Erbe nicht über die Kräfte der Erbschaft hinaus verantwortlich wird. Wie kann also diese bloss zu Gunsten des Erben eingeführte Rechtswohlthat den Erbschaftsgläubigern zu Statten kommen, und ihnen ein Recht geben, ihre ausschliessende Befriedigung aus der Erbschaftsmasse zu verlangen, an welcher durch die Antretung der Erbschaft die Gläubiger des Schuldners schon *ipso iure* eben so wohl ein gegründetes Recht erhalten haben. [z]) Dass die Rechtswohlthat des Inventarii die *Confusio bonorum*, welche durch die Erbschaftsantretung hervor gebracht wird, nicht ganz aufhebt, zeigt schon der Umstand, dass die Gläubiger des Verstorbenen den Erben eben so gut als ihren Schuldner ansehen und gegen ihn klagen können, als sie es gegen den Verstorbenen konnten. Dass er sie aber nur so weit als die Kräfte der Erbschaft reichen, zu befriedigen braucht, ist eine Ausnahme von der Regel und eine Folge der durch das *Beneficium inventarii* eingeführten Begünstigung. Ist nun der Erbe so verschuldet, dass sein Vermögen veräussert werden muss, so kann es ihm völlig gleichgültig seyn, ob die Erbschaftsgläubiger mit aus seinem Vermögen oder nur aus der Erbschaft allein ihre Befriedigung erhalten.

Eine andere mit dieser in genauer Verbindung stehende Frage ist es, ob denn nicht in solchem Falle wenigstens die Gläubiger des Erben, denen sonst die Absonderung nicht zusteht, darauf Anspruch machen können. Ich lege hier den folgenden Fall zum Grunde: Es hat jemand eine Erbschaft *cum beneficio inven-*

y) Man lese die *L. 2 C. de iure delib.*, den Sitz der Rechtswohlthat des Inventarii, nach, und man wird meine Behauptung gegründet finden. Die Wirkungen, welche einige Rechtslehrer, z. B. *Madihn*, *Pr. iur. rom.*, T. 3, s. *Tract. de iure heredit.*, §. 137, von der Rechtswohlthat des Inventarii angeben, nämlich: dass durch den Gebrauch derselben die *Confusio bonorum* gänzlich vermieden werde, kann ich nicht annehmen. Man zeige mir ein einziges Gesetz, worin dies so allgemein verordnet ist. Die Rechtswohlthat des Inventarii ändert von den gemeinen Wirkungen, die die Erwerbung der Erbschaft mit sich führt, weiter nichts ab, als dieses, dass der Erbe nicht alle Schulden des Verstorbenen zu bezahlen nöthig hat, sondern sich darauf einschränken kann, wie weit die Erbschaft zureicht. Will man dies eine Behinderung der Confusion nennen, so habe ich nichts dagegen, nur muss dieser Satz alsdann näher bestimmt werden.

z) Fast gleiche Grundsätze nimmt auch *Wernher*, *Obs. forens.*, P. VII, Obs. IV, an.

tarii angetreten, und geräth gleich darauf so in Schulden, daſs sein Vermögen veräuſsert werden muſs. Die Erbſchaftsgläubiger, welche unſtreitig auf die Abſonderung Anſpruch machen können, und dazu auch ihre Zuflucht nehmen müſſen, wenn ſie aus der Erbſchaft ihre ausſchlieſsende Befriedigung erhalten wollen, unterlaſſen ſolches, weil ſie glauben, daſs die Erbſchaft nicht zu ihrer Befriedigung hinreichen werde, und ziehen die Gemeinſchaft mit den Gläubigern des Erben vor. Können hier die Gläubiger des Erben, wegen der von dieſem *cum beneficio inventarii* geſchehenen Antretung der Erbſchaft, verlangen, daſs das Vermögen des Erben und Schuldners abgeſondert und ihnen daraus ihre Befriedigung ausſchlieſsend gereicht werde?

Wenn man bedenkt, daſs das *Beneficium inventarii* lediglich zu Gunſten des Erben, und zu dem Ende eingeführt worden iſt, um die Antretung der Erbſchaft zu befördern, ſo ſcheint es, als wenn die Gläubiger des Erben davon keinen Gebrauch machen dürften, ſondern die Erbſchaftsgläubiger auch an das Vermögen ihres Schuldners laſſen müſsten. Allein nichts deſto weniger glaube ich doch, daſs ihnen auch die Wirkungen des *Beneficii inventarii* zu Theil werden müſſen. Denn ſo habe ich oben gezeigt, daſs die Gläubiger, wenn es mit dem Schuldner zur Veräuſserung ſeines Vermögens kommt, in alle von der Perſon deſſelben trennbare und zu ſeinem Vermögen gehörige Rechte treten, wohin auch hier unſtreitig das aus der Rechtswohlthat des Inventarii entſpringende Recht gehört. Das *Beneficium inventarii* iſt nur in ſo fern perſönlich, als von der Antretung der Erbſchaft vermittelſt deſſelben die Rede iſt. Hatte aber der Erbe ſich deſſelben einmahl bedient und die Erbſchaft *cum beneficio inventarii* angetreten, ſo würde es höchſt ungerecht ſeyn, wenn man ſeinen Gläubigern jetzt auch die Wirkungen deſſelben nicht geſtatten wollte.

Die Rechtswohlthat der Güterabſonderung wird in dem prätoriſchen Edicte nur eigentlich den Erbſchaftsgläubigern wider den Erben und deſſen Gläubiger verſtattet. Indeſs haben auch die Geſetze in gewiſſen Fällen den Gläubigern überhaupt das Recht ertheilt, die Abſonderung eines gewiſſen Theils des ſchuldneriſchen Vermögens zu ihrer ausſchlieſslichen Befriedigung zu begehren. Dieſe geſetzliche Wohlthat wird die Rechtswohlthat der Quaſi - Separation, (*Beneficium ſeparationis vel quaſi*,) genannt, und die Gläubiger, welche ſich derſelben bedienen dürfen, hat man Quaſi - Separatiſten genannt, im Ent-

gegensatze der Erbschaftsgläubiger, die man von der ihnen zuständigen Rechtswohlthat der Absonderung Separatisten nennt. Sie hat nicht in einem Edicte des Prätors, sondern vielmehr im Römischen Gewohnheitsrechte ihren Grund.

Zu den Personen, welchen die Rechtswohlthat der Quasi-Separation zuständig ist, oder zu den Quasi-Separatisten, gehören 1. die Gläubiger eines Kaufmanns, welcher an verschiedenen Orten abgesonderte Läden gehabt hat, in welchen er seine Handelschaft getrieben, und in Ansehung deren er verschiedene Schulden gewirkt hat. Hier können die Gläubiger, welche in Ansehung eines Waarenlagers ihm besonders creditirt haben, bey entstehender Insolvenz eine Absonderung dieses Waarenlagers und eine ausschliessende Befriedigung aus demselben begehren. Man leitet diese Quasi-Separation aus der *L.* 5, §. 15. 16. *D. de tributor. action.* ab. *Si*, heisst es daselbst, §. 15, *plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi: utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto, separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi, credidit.* §. 16: *Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae, (verbi gratia,) quam ad Hucinum habuit, ratiocinator, alius eius, quam trans Tiberim; aequissimum puto, separatim tributionem faciendam: ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* In dem Gesetze ist eigentlich die Rede von Vertheilung der *Merx peculiaris* unter die Gläubiger, auf welche ein Herr mit der *Actio tributoria* belangt werden konnte, der, wie es in der *L.* 1 *D. de tribut. act.* heisst, *servum peculiarii merce negotiari*, gewusst hatte. Allein man kann eine weitere Ausdehnung aus dem Sinne des Gesetzes sehr gut rechtfertigen, der kein anderer ist, als dass ein Gläubiger, welcher einem Schuldner, der mehrere *Tabernas* hatte, in Ansehung einer *Taberna* besonders creditirt hat, auch aus den dazu gehörigen Waaren allein befriedigt werden soll. Nur entsteht dabey noch die Frage: Wenn kann man sagen, ein Gläubiger habe dem Schuldner in Hinsicht auf eine gewisse Handlung oder ein Waarenlager besonders creditirt? Nach den dürren Worten des Gesetzes scheint nichts weiter nöthig zu seyn, als dass die Waaren, welche auf Credit genommen worden sind, in das eine oder das andere Waarenlager gebracht, und dadurch nur von den andern

abgesondert worden sind; und es ist auch wirklich dazu weiter nichts nöthig. Aber darum kann man den Satz nicht umkehren, und schliessen, dass ohne dies die Gläubiger eines Kaufmanns gar nicht von der Rechtswohlthat der Quasi-Separation bey den Römern hätten Gebrauch machen können; denn die Absicht des Gesetzes geht deutlich genug auch dahin, dass einem Gläubiger geholfen werden soll, der mit Hinsicht auf ein gewisses Waarenlager Credit gegeben hat, weil er nicht so wohl dem Schuldner überhaupt, als vielmehr dem Waarenlager, welchem er Credit gab, trauete. Diese specielle Credit-Gebung kann nun auf eine doppelte Art geschehen: ein Mahl dadurch, dass der Gläubiger, indem er den Credit gab, ausdrücklich erklärte, er wolle solche Credit-Gebung auf ein gewisses Waarenlager des Schuldners bezogen wissen; zweytens dadurch, dass der Schuldner oder ein Diener desselben mit ihm in Hinsicht auf ein gewisses Waarenlager, und zur Wiederauffüllung desselben einen Vertrag über Waaren abschloss. So glaube ich auch, dass ein Gläubiger, welcher mit einem Handlungsdiener des Schuldners, voraus gesetzt, dass dieser über ein gewisses Waarenlager gesetzt war, einen Contract abschloss, an dieses Waarenlager beym Concurse über des Schuldners Vermögen gewiesen werden müsse. a)

Unter den Quasi-Separatisten nehmen ferner auch 2. die Gläubiger eines Haussohnes, welche ihm in Ansehung seines castrensischen Peculii etwas vorgestreckt haben, ihren Platz ein. — Diese können die Absonderung des Peculii von seinen andern Gütern vor den übrigen Gläubigern verlangen, welche dem Haussohne in Ansehung des Sonderguts keine Vorschüsse geleistet haben. Am deutlichsten zeigt dieses neben der *L. 7 D. de castrens. pecul.* die *L. 1, §. 9 D. de separat.*: *Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet: an separatio fiat inter castrenses creditores caeterosque, videamus? Simul ergo admittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari; quod puto probandum: ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire*

a) Vergleiche *C. G. Biedermann*, (pr. *A. C. Stockmann*,) D. *de separationibus edicto Praetoris haud concessis*, Lips. 1788, §. 7. Diese Dissertation kann als Hauptschrift in der gegenwärtigen Materie angesehen werden, ausser dass der Verfasser vieles eingemischt hat, was eigentlich hierher nicht gehört.

cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri. Nach diesem Gesetze wird den Gläubigern, die einem Haussohne in Ansehung seines castrensischen Sonderguts Vorschüsse gethan haben, die Rechtswohlthat der Absonderung durchaus verstattet, so bald nur diese Vorschüsse so geschehen sind, dass der Haussohn davon allein Nutzen gehabt hat. Ist der Vorschuss zwar mit Hinsicht aufs castrensische Peculium geschehen, aber etwas davon aufs Vermögen des Hausvaters, oder sonst zu dessen Nutzen verwendet worden, dass der Gläubiger auch gegen den Hausvater klagen kann; so muss er sich, in so weit die Verwendung nachgewiesen werden kann, an diesen halten, und darf nicht zu den castrensischen Gläubigern gezählt werden. b) — Wegen der Bedingungen unter welchen die Gläubiger eines Haussohnes nur als *Creditores peculii castrensis* angesehen werden können, herrscht in dem Gesetze einige Dunkelheit. — Aus den Worten: *qui ante contraxerunt*, und dem Nachsatze: *Item qui* u. s. f., läst sich jedoch die Sache füglich folgender Gestalt bestimmen: Soll jemand als *Creditor peculii castrensis* mit Hinsicht auf die Separation angesehen werden können, so muss er dem Haussohne Geld vorgeschossen haben, nachdem dieser schon sich den Kriegsdiensten gewidmet hatte, denn eher läst sich bey diesem gar kein *Peculium castrense* annehmen. Ferner muss mit ausdrücklicher Hinsicht auf das castrensische Peculium das Geld vorgestreckt worden seyn. Ob das *Peculium castrense* zur Zeit der Anleihe schon vorhanden war oder nicht, konnte nicht in Betrachtung kommen; es konnte auch das zukünftige *Peculium castrense* verschrieben werden, so wie man sein zukünftiges Vermögen verpfänden konnte.

Nächst diesen beyden Fällen, in welchen bey den Römern unstreitig die Gläubiger das Quasi-Separations-Recht genossen, pflegen von den Rechtslehrern noch andere angeführt zu werden, denen wir eine kurze Untersuchung widmen wollen. Denn so ausgemacht es ist, dass ausser den bisher angeführten Quasi-Separatisten noch mehrere derselben analogisch beym Schuldenwesen angenommen werden können: so streitig ist es jedoch, welche dahin gehören, und nach welchem Princip ein solches Absonderungsrecht anzunehmen sey. In der oben angeführten

b) *Biedermann l. c.*, §. 2.

Biedermannischen Schrift werden ausser den bereits angegebenen Quasi-Separatisten noch folgende angeführt: 1. Der, welcher eine fideicommissarische Erbschaft hat antreten müssen, die mit Schulden beladen war, nachher aber niemand vorhanden ist, dem sie restituirt werden kann, vermöge *L.* 1, §. 6 *D. de separat.*; 2. ein nothwendiger Erbe in der Person eines *cum libertate* eingesetzten Sclaven, wenn er sich noch nicht in die Erbschaft des Patrons gemischt hat, vermöge *L.* 1, §. 18 *D. eod.*; 3. ein Gläubiger, wenn sich jemand für seine Forderung an den Schuldner verbürgt hat, und der Schuldner hernach des Gläubigers Erbe geworden ist, vermöge *L.* 3 *D. de separat.*; 4. der Patron, wenn eine Freygelassene, die von jemand anders als dem Patrone zur Erbinn eingesetzt worden ist, *bonorum possessionem* ohne Wissen und Willen ihres Patrons ausgewirkt hat, um nicht mit den Erbschaftsschulden beschwert zu werden, vermöge *L.* 6, §. 1 *D. de separat.*; 5. der Substitut in Ansehung des väterlichen mit der Erbschaft des Pupillen coalescirten Vermögens, nach der *L.* 12 *D. de vulg. et pupill. substit.*; 6. die Frau, wenn der zahlungsunfähige Ehemann etwas besitzt, das er mit einer von seiner Frau erhaltenen Schenkung angeschafft hat, nach *L.* 55 *D. de donat. inter vir. et uxor.*

Schmidt, in der oben angeführten Abhandlung, läſst die von *Biedermann* angegebenen Quasi-Separatisten aus, führt aber dagegen noch folgende vier Arten der Quasi-Separatisten an: 1. Die Gläubiger eines Käufers, welche sich eine Hypothek vorbehalten haben, oder sonst schon eher ein Pfandrecht erhalten hatten, als die Sache auf den gegenwärtigen Schuldner überging; 2. die Gläubiger eines Schuldners, dessen Güter jemanden verkauft worden sind, wider die Gläubiger des Käufers; 3. die *Socii*, wenn einer von ihnen, vor oder während der Gesellschaft, ohne Rücksicht auf diese, eigne Schulden gewirkt hat: hier legt er ihnen in Ansehung desjenigen, was sie oder ihre Gläubiger an den verarmten Genossen aus der Gesellschaft zu fordern haben und noch vorhanden ist, das Absonderungsrecht bey.

Die Fälle, die 1. *Biedermann* in seiner oben angeführten Abhandlung als Quasi-Separations-Fälle aufzählt, sind solche zum Theil, zum Theil aber auch nicht, wenn man sich an den oben gegebenen Begriff vom Quasi-Separations-Rechte strenge hält, nach welchem dabey alle Mahl a. eigentliche Gläubiger des gegenwärtigen Schuldners, und b. eignes Vermögen des Schuldners

voraus gesetzt wird, wohl aber können sie dahin gerechnet werden, wenn man den Biedermannischen Begriff von Quasi-Separation dabey zum Grunde legt, nach welchem solche alle Fälle unter sich begreift, die in dem prätorischen Edicte eigentlich nicht enthalten sind. So wenig ich auch gegen diesen Begriff sonst zu erinnern habe, so scheint er mir hier um deswillen unschicklich zu seyn, weil sich nach demselben in Ansehung der Quasi-Separation kein allgemein-gültiges Princip auffinden läst, das doch wirklich hier so äusserst nöthig wird, wie ich weiter unten ausführlich zeigen werde. Ich glaube, man kommt am besten aus der Sache, wenn man zwischen der eigentlichen Absonderung und der Quasi-Separation zuvörderst im Allgemeinen unterscheidet, dann aber zu der eigentlichen Separation zuerst die Fälle rechnet, welche nach der unmittelbaren Vorschrift des prätorischen Edicts dahin gehören, hiernächst aber auch die, auf welche das prätorische Edict von den Rechtslehrern hernach ausgedehnt worden ist, weil auf sie doch einiger Masen der Begriff der eigentlichen Separation passt. Ich rechne daher die Fälle, deren in der *L.* 1, §. 6 *D. de separat.*, *L.* 1, §. 18 *D. eod.*, *L.* 3 *D. eod.* und *L.* 6, §. 1 *D. de separat.* Erwähnung geschieht, zu der eigentlichen Absonderung, und habe auch darum von ihnen schon oben beyläufig gehandelt.

Die Fälle, welche 2. *Schmidt* anführt, gehören wirklich alle mit einander zur Quasi-Separation, wenn sie nur sonst die Probe halten. Wir wollen ihnen so wohl als den Fällen, die *Biedermann* anführt, und die nach dem von mir zum Grunde gelegten Begriffe der Quasi-Separation übrig bleiben, jetzt unsre Aufmerksamkeit widmen.

Zuerst von den Fällen, die *Schmidt* noch als Quasi-Separations-Fälle anführt. Nach ihm gehören 1. noch zu den Quasi-Separatisten die Gläubiger eines Käufers, welche sich zur Sicherung ihres Kaufgeldes eine Hypothek, entweder gleich beym Verkaufe, oder wenigstens bey der Uebergabe der verkauften Sachen, vorbehalten haben. Ich glaube, dieses Quasi-Separations-Recht leidet nicht den mindesten Zweifel; denn es ist bekannten Rechtens, dass, wenn jemand vor dem Uebergange einer Sache auf einen andern daran ein Pfandrecht bekommen hat, derjenige, welcher diese Sache erwirbt, keinem andern ein Pfandrecht an derselben ertheilen kann, welches dem nachtheilig seyn könnte, welchem die Sache

bereits verpfändet war, ehe er ſie erhielt. Da alſo auch die noch ſo ſehr privilegirten Gläubiger des Acquirenten dem Verkäuſer nicht vorgehen können, auch alle Handlungen des Käufers dieſem nicht nachtheilig ſeyn dürfen; ſo iſt wohl das Quaſi-Separations-Recht des Verkäufers mehr als zu gegründet. [c]) Und ein gleiches Separations-Recht muſs auch denjenigen zuſtändig ſeyn, welche auf irgend eine Art eine zu Recht beſtändige Hypothek eher an der Sache erlangt haben, als ſolche auf den gegenwärtigen Schuldner kam, weil von ihnen daſſelbe gilt, was bey dem Verkäufer, der ſich eine Hypothek bey der Veräuſserung der Sache vorbehalten hatte, Statt findet.

Ferner 2. gehören auch, nach *Schmidt*, dahin die Gläubiger eines Schuldners, deſſen Güter jemanden verkauft worden ſind, wenn der Käufer das Kauf-Pretium ſchuldig geblieben iſt, und hernach in Schulden geräth. Hier, behauptet der mehrmahls angeführte *Schmidt*, könnten die Gläubiger jenes Schuldners, deſſen Güter verkauft worden ſind, verlangen, daſs von dem Vermögen des verſchuldeten Käufers ſo viel, als das Kaufgeld beträgt, abgeſondert, und ſie davon vor allen Gläubigern des Käufers bezahlt werden, welche entweder vor oder nach jener öffentlichen Gütererſtehung ſeine Gläubiger geworden ſind. Ich kann mich nicht genug wundern, wie *Schmidt* hier ein Quaſi-Separations-Recht behaupten kann, da er doch ſelbſt die Separatiſten von den Vindicanten genauer unterſcheidet, als einer ſeiner Vorgänger gethan hat. Nur zwey Fälle ſind hier möglich: entweder der, wenn dem Käufer Credit gegeben worden iſt; oder der, wenn ſolches nicht geſchah. Im erſten Falle iſt es unſtreitig gewiſs, daſs die Gläubiger des Schuldners, deſſen Güter verkauft wurden, beym Schuldenweſen, welches des Käufers Vermögen betrifft, keine Abſonderung begehren können; denn ſo wenig ſie dem Schuldner ſelbſt, wenn er Verkäufer wäre, zugeſtanden werden könnte, eben ſo wenig kann ſie den Gläubigern verſtattet werden, die hier den Schuldner bey der Veräuſserung ſeines Vermögens repräſentirten. Ihnen iſt es vielmehr zuzurechnen, daſs ſie Credit ohne Sicherheit gaben, und das Eigenthum dadurch ſogleich auf den Käufer übertrugen; und daher müſſen ſie auch jetzt gezwungen werden, ſich mit den Concurs-

c) Hert D. *de reſervatione dominii vel hypothecae in re vendita*, (in opuscul.) Mylius *de reſervatione hypothecae a venditore facta in ſecuritatem pretii reſidui*. Hal. 1704.

Gläubigern desselben einzulassen, und mit diesen um ihre Befriedigung zu streiten. — Im letztern Falle, — und diesen hat eigentlich *Schmidt* im Sinne, — gehören ja die Gläubiger des Schuldners, dessen Güter verkauft wurden, bey dem entstehenden Schuldenwesen über das Vermögen des Käufers offenbar zu den Vindicanten. Denn es ist bekannt, daſs beym Kauf - Contracte, dessen Grundsätze doch hier angewendet werden müssen, das Eigenthum der verkauften Sache, wenn kein Credit gegeben worden ist, nicht eher auf den Käufer übergeht, als bis das Kauf - Pretium bezahlt worden ist. Nun aber sind ja die Gläubiger bey der Versteigerung der Gütermasse, wenn solche gleich unter gerichtlicher Auctorität geschieht, wie Verkäufer anzusehen, folglich muſs von ihnen beym Schuldenwesen des Käufers, dem sie nicht creditirt hatten, dasselbe gelten, was von jedem Verkäufer gilt. Befindet sich also das, was dieser erstanden hat, noch unter seinen Gütern, so steht ihnen die Reivindication zu, weil das Eigenthum davon auf den Käufer nicht übergegangen war, die ihnen auch weit vortheilhafter als ein nicht zu beweisendes Separations - Recht ist. Ist aber dasselbe bereits von dem Käufer wieder veräuſsert oder consumirt worden, und sie wollen sich an ihn halten, so sehe ich nicht ein, wie sie von der Verbindlichkeit, mit den andern Gläubigern zu concurriren, befreyet werden mögen. Hieraus folgt also, daſs diese von *Schmidt* angeführten Quasi - Separatisten aus der Liste der Quasi - Separatisten vertilgt werden müssen.

3. Gehören auch noch, nach *Schmidt*, zu den Quasi Separatisten die *Socii*, und zwar auf folgende Art: Wenn über eines *Socius* Vermögen ein Concurs entsteht, und er vor der Societät oder während derselben eigne Schulden ohne Rücksicht auf diese gewirkt hat, so können diese Gläubiger dasjenige, was seinem *Socius* oder dessen Gläubigern Nahmens desselben aus der Societät gebührt, nicht an sich ziehen, sondern solches muſs von dem Vermögen des verarmten *Socius* abgesondert werden, obgleich jene eigne Gläubiger des *Socius* auf dieses sein Vermögen ein Pfandrecht haben sollten. *Schmidt* stellt sich bey diesem Quasi - Separations - Rechte den Fall folgender Gestalt vor: A und B sind mit einander in eine Societät getreten, bey deren Errichtung A 1000 Rthlr. und B ebenfalls 1000 Rthlr. oder etwas anderes hergegeben hat. B hatte schon vor Errichtung der Societät Schulden, und wirkte nachher deren mehrere. Nun entsteht über sein Vermögen ein Schuldenwesen. Hier können seine Gläubiger, wenn sie auch gleich

mit einer Hypothek versehen sind, sich so wenig an das zur Societät hergeschossene Capital der 1000 Rthlr., noch an den in der Societät gemachten Gewinn halten, sondern der A kann auf Absonderung desselben dringen, weil es zu den Gesellschaftsgütern gehört; denn der B konnte darüber zu seinem alleinigen Vortheile nicht disponiren. Er hat auch dadurch, dass er nur für sich selbst Schulden gewirkt hat, bloss sein eignes Vermögen, nicht aber die Gesellschaftsgüter beschweren können. A muss daher wegen dessen, was ihm aus dem Gesellschafts-Contracte von B gebührt, aus diesem abgesonderten Vermögen, — das noch in Natur vorhanden ist, — mit Ausschluss der andern Gläubiger des B seine Befriedigung erhalten. d)

Schon *Carpzov* e) und Andere f) haben die Meinung vertheidigt, dass ein *Socius*, wenn über seines Compagnons Vermögen ein Schuldenwesen entstünde, wegen einer ihm zustehenden Gesellschaftsschuld den Vorzug vor allen Gläubigern haben müsse. Sie berufen sich darauf, weil 1. durch den Societäts-Contract eine Gemeinschaft hervor gebracht wird, und eine während der Societät gewirkte Schuld aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden muss; 2. die *Socii* in den Gesetzen wie Brüder zu einander betrachtet werden. Schon *Leyser* g) hat den Ungrund dieser Behauptung hinlänglich erwiesen, als dass ich erst nöthig hätte, mich noch mit einer Widerlegung derselben zu befassen. Ich schreite daher sogleich zur Beleuchtung der Schmidtischen Behauptung nebst ihren oben angeführten Gründen.

Ich glaube nicht, dass die Schmidtische Behauptung sich aus den Gesetzen vertheidigen lässt. Ich kenne zwar die Wirkungen, die der Societäts-Contract, er möge sich über das gesammte Vermögen der *Socii* oder einen Theil desselben erstrecken, nach den Gesetzen hervor bringt; ich weiss es ferner sehr wohl, dass unter den *Sociis* eine Communion in Hinsicht auf das in die Societät gebrachte Vermögen hervor gebracht wird, und daher keiner h) wider Willen des andern darüber im Ganzen verfügen kann: i) aber durch alles dieses wird das Quasi-

d) Dies sind die eignen Worte des verstorbenen Hofraths *Schmidt* in seiner oben angeführten Abhandlung *von geistlichen und weltlichen Separatisten*, Th. 2, §. 39. 40.

e) In *Decision.*, L. 1, Dec. 54.

f) *Richter de iure et privileg. creditor.*, C. 2, Membr. 1, No. 71 in fin.

g) In *Meditat. ad D.*, Spec. 489, Med. 11.

h) *L.* 1 *D. pro socio.*

i) *L.* 68 *D. eod.*

Separations Recht der *Socii* noch nicht begründet, wenn über das Vermögen ihres Compagnons ein Schuldenwesen entsteht, und dieser ihnen etwas in Hinsicht auf den Societäts-Contract schuldig war; und gleichwohl müsste es dadurch doch begründet werden, wenn es angenommen werden sollte, indem es so wenig aus der deutlichen Vorschrift der Gesetze, als aus einer gesetzlichen Analogie abgeleitet werden kann. Denn sollte ein Analogon davon, — ein wahres Quasi-Separations-Recht läst sich durchaus nicht behaupten, — angenommen werden, so würde dazu erforderlich seyn, dass nach der Entstehung des Schuldenwesens der Societäts-Contract noch fortdauerte, und in Hinsicht auf denselben die Gläubiger die Person des Schuldners und *Socius* gegen die übrigen *Socios* repräsentirten. Dass dies aber nicht der Fall seyn kann, zeigt, wie ich glaube, *L.* 4, §. 1 *D. pro socio* mehr als zu deutlich, wo es ausdrücklich heisst: *Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate.* Nach diesem Gesetze hört der Societäts-Contract durch die Dürftigkeit eines oder des andern der Gesellschafter schlechthin auf. Und was geschieht nun, wenn der Societäts-Contract ein Ende genommen hat? — Es hört die Gemeinschaft auf, die bisher in Ansehung gewisser oder aller Güter des Gesellschafters durch den Societäts-Contract hervor gebracht war, folglich können nun die andern Gesellschafter an den bisherigen Societäts-Gütern des verarmten Gesellschafters nicht mehr Rechte haben, als seine andern Gläubiger, wenn er ihnen in Hinsicht auf die Gesellschaft etwas schuldig geworden seyn sollte. Gesetzt also, der *Socius* hätte auch während der Societät seinen Antheil, (welches noch keinesweges erwiesen ist, vielmehr erhellet aus den Gesetzen gerade das Gegentheil), [k]) nicht verschulden können; wird dadurch schon den andern *Sociis* ein Recht eingeräumt, sich an denselben wegen der Gesellschaftsschulden ausschliesslich halten zu können, wenn der *Socius* in Schulden geräth? Man zeige mir ein einziges Gesetz, worin dies gegründet ist, und ich will ihnen gern ein Separations-Recht gestatten. Da aber solches eines Theils nicht nachgewiesen werden kann, andern Theils mit der Dürftigkeit des *Socius* die Societät aufhört und alles in den vorigen Stand zurück kehrt; so sehe ich nicht ein, wie man dieses Absonderungsrecht vertheidigen will.

k) Arg. c. L. 68, wo es heisst: *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare.*

Wollten wir auch mit einigen Rechtslehrern annehmen, dafs durch die blofse Dürftigkeit des Schuldners und *Socius* die Societät nicht immer aufhöre, fo hört fie doch gewifs dadurch auf, dafs das Vermögen des *Socius* zur Befriedigung feiner Gläubiger veräufsert wird. Die Vorfchriften der *L.* 63, §. 10 *D. pro focio* und *L.* 65, §. 12 *D. eod.* können hier ganz füglich angewendet werden, nach welchen die Societät ein Ende nimmt, fo bald das Vermögen des Gefellfchafters in einen Zuftand verfetzt wird, dafs er nicht mehr in der Gefellfchaft bleiben kann, oder jemand an feine Stelle tritt.

Was die in der Biedermannifchen Abhandlung, die ich oben angeführt habe, enthaltenen Fälle betrifft, in fo fern fie nicht zum eigentlichen Abfonderungsrechte gehören, fo kann ich 1. den Fall, der in der *L.* 12 *D. de vulg. et pupill. fubftit.* enthalten ift, gar nicht hierher rechnen. Er gehört vielmehr zu der Lehre vom Erbrechte, indem er kein Schuldenwefen unterftellt. 1) Der Fall 2. hingegen, deffen in der *L.* 55 *D. de donat. int. vir. et uxor.* Erwähnung gefchieht, gehört allerdings hierher; allein ich kann ihn hier noch nicht näher prüfen, weil ich ihn in der Folge mit andern Fällen zufammen faffen will, wohin er eigentlich gehört, und das eigentliche fo genannte *Beneficium quafi feparationis* nicht auf ihn bezogen werden darf.

So ausgemacht es nach den Gefetzen zu feyn fcheint, dafs aufser den bisher angegebenen Quafi-Separatiften deren noch mehrere analogifch angenommen werden können: fo ftreitig bleibt es doch immer, welche dahin gehören, und nach welchem Princip ein folches Abfonderungsrecht anzunehmen fey. Aus der *L.* 5, §. 15 *D. de tributor. action.* läfst fich kein bündiger Schlufs machen, und man kann vermittelft einer Analogie derfelben nicht annehmen, dafs alle diejenigen, welche in Hinficht auf eine beftimmte Sache des Schuldners creditirt haben, auch an diefer Sache das Abfonderungsrecht haben müffen, wenn über das Vermögen des Schuldners ein Schuldenwefen entfteht; denn deutliche Gefetze, deren Inhalt ich im eilften Kapitel vorgelegt habe, ftehen diefer etwa anzunehmenden Analogie im Wege. Nach ihnen foll derjenige, der in Hinficht auf eine beftimmte Sache creditirt hat, er möge fich ein Pfand-

1) Vergleiche *Meermann Thefaur.*, II, 671, und IV, 635; *Otto Thefaur.*, II, 867; *Biedermann l. c.*, §. 5.

recht ausbedungen haben oder nicht, — und im letztern Falle auch nicht einmahl immer, — bloſs einen Vorzug vor andern Gläubigern genieſsen. Es wird demſelben dadurch alſo ausdrücklich das Abſonderungsrecht in Anſehung dieſer Sache abgeſprochen, und ſolches durch die Verordnung der *L.* 5, §. 15 *D. de tributor. action.* auf den in dieſem Geſetze enthaltenen Fall eingeſchränkt. Und denjenigen Gläubigern, welche zwar in Hinſicht auf eine gewiſſe Sache creditirt, aber auch nicht einmahl in den Geſetzen ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern erhalten haben, ein Separations-Recht zugeſtehen zu wollen, würde doch wohl gegen alle geſetzliche Analogie ſeyn, da die Geſetze denjenigen, denen ſie ein geringeres Recht abſprechen, auch gewiſs das gröſsere Recht nicht zugeſtanden wiſſen wollen, das Separations-Recht aber in Hinſicht auf einen bloſsen Vorzug vor andern Gläubigern gewiſs ein gröſseres Recht iſt. — Wir thun daher am beſten, wenn wir dieſes, ohnehin den übrigen Gläubigern ſo nachtheilige, Recht auf die in den Geſetzen beſtimmten Fälle einſchränken.

Das *Beneficium quaſi ſeparationis* unterſcheidet ſich zwar von der eigentlichen Rechtswohlthat der Abſonderung in Anſehuug ſeines Begriffs ſo wohl als Weſens überhaupt, kommt aber doch darin mit demſelben überein, daſs, wenn einmahl die dieſe Rechtswohlthat genieſsenden Gläubiger ſelbige gebraucht haben, ſie in der Folge nicht wieder zu dem übrig bleibenden Vermögen des Schuldners zurück kehren können, wobey jedoch eben die Einſchränkungen angenommen werden müſſen, die ich oben bey der Rechtswohlthat der eigentlichen Abſonderung angegeben habe. So muſs nämlich den Quaſi-Separatiſten auch allerdings die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu Statten kommen, wenn ſie in gerechter Unwiſſenheit ſich der Rechtswohlthat der Quaſi-Separation bedient haben und dabey in Schaden gekommen ſind. So ferner muſs ihnen der Regreſs an das übrige ſchuldneriſche Vermögen auch allerdings alsdann geſtattet werden, wenn nach Befriedigung der eigentlichen Concurs Gläubiger davon noch etwas übrig bleibt. Können alſo gleich in dieſer Hinſicht die oben ausgeführten Grundſätze von der eigentlichen Separation auch auf die Quaſi-Separation angewendet werden, ſo kann doch von der in den Geſetzen beſtimmten Dauer des eigentlichen *Remedii ſeparationis* keine Anwendung auf das *Beneficium quaſi ſeparationis* gemacht werden. Vielmehr muſs dieſes den Schein-Separatiſten ſo lange zugeſtanden werden, als noch keine ſolche Vermi-

ſchung der ſeparationsfähigen Sachen mit dem übrigen Vermögen des Schuldners geſchehen iſt, daſs eine Abſonderung unmöglich wird, oder die Schein-Separatiſten ſich nicht mit den übrigen Gläubigern in eine ihnen nachtheilige Verbindung eingelaſſen und dabey auf die Rechtswohlthat der Quaſi-Separation Verzicht geleiſtet haben.

Nächſtdem kommen auch in den Geſetzen noch andere Arten der Separation vor, die wenigſtens nach meiner Meinung nicht mit denjenigen verwechſelt werden dürfen, wovon bisher gehandelt worden iſt. Ich rechne mit *Weſtphal* m) dahin die Fälle, deren in der *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.*, *L.* 12 *C. de iure dotium*, *L.* 2 *D. quando ex facto tutor.*, und *L.* 8 *C. de rei vindicat.* Erwähnung geſchieht. In dieſen Geſetzen wird gewiſſen Perſonen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen ein Recht von ganz beſonderer Art beygelegt. Nach der gewöhnlichen Theorie beſteht dieſes Recht darin, daſs ſie an ſolchen Sachen das Eigenthum *ipſo iure* erwerben. Darum pflegen auch dieſe Fälle gewöhnlich in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts bey Gelegenheit der Erwerbung des Eigenthums, welche *ipſo iure* geſchieht, mit aufgeführt und erörtert zu werden. Ja, man geht noch weiter, und erleichtert den in den oben angeführten Geſetzen benannten Perſonen den Beweis des Eigenthums bey der ihnen nach jener Theorie zuſtändigen Reivindication. *Weſtphal* iſt, ſo viel ich weiſs, der Erſte, der die gemeine Meinung verlaſſen, und angenommen hat, daſs in dieſen Geſetzen bloſs von einem ſtillſchweigenden Pfandrechte die Rede ſey, dem beym Schuldenweſen ein Abſonderungsrecht gebühre. Es ſey mir erlaubt, ſeine eignen Worte zuvörderſt anzuführen, ehe ich mein Urtheil ſo wohl im Ganzen, als in Anſehung einzelner in jenen Geſetzen enthaltener Fälle abgebe. Nachdem er zuvor den in den oben angeführten Geſetzen begriffenen Perſonen nur ein ſtillſchweigendes Pfand- und Separations-Recht beygelegt hat, fügt er hinzu: n) „Der Ausdruck wird manchem neu und beſonders vorkommen. Die Sache ſelbſt aber iſt völlig gegründet, und nur unter anderer Einkleidung von andern vorgetragen worden. Man pflegt gemeiniglich allen denen angeführten Perſonen ein Eigenthum an denen mit ihrem Gelde von andern erkauften Sachen beyzulegen. Dieſes Eigenthum iſt aber in denen Geſetzen nirgends erfindlich, wohl

m) Im *Pfandrechte*, §. 100.

n) *A. a. O.*, Not. 120.

aber kommt darin eine *utilis vindicatio* vor. Dafs aber das Wort: *vindicatio*, nicht nur von der Eigenthumsklage, fondern auch von der Pfandklage gebraucht werde, ift bekannt. Zudem geftatten diefe Gefetze diefe *utilem vindicationem* nicht anders, als wenn der gewefene Eigenthümer des Geldes auf keine andere Art zu dem Seinigen kommen kann. Dies ift ein offenbares Zeichen eines Pfandrechts; denn ein Eigenthum kann unter allen Umftänden verfolgt werden. Aus eben diefem folgt, dafs, wenn der Vindicant feine Befriedigung auf irgend eine andere Art erhalten kann, als durch Wegnehmung der erkauften Sachen, er damit zufrieden feyn mufs. Folglich können der Schuldner und deffen übrige Gläubiger von dem Vindicanten fordern, dafs er das vindicirte Grundftück der Steigerung überlaffen, und wenn es auf einen höhern Werth, als die Summe des hinein gewendeten fremden Geldes ift, hinauf getrieben werden kann, er davon feine Zahlung nehmen, das Uebrige aber dem Schuldner oder den übrigen Gläubigern zukommen laffen müffe. Alles diefes ift beym Pfandrechte auch. Das Abfonderungsrecht derjenigen Perfonen aber, wovon hier die Rede ift, hat keinen Zweifel. Die Gefetze reden meiften Theils, wenn fie diefer Vindication erwähnen, ausdrücklich von einem Falle, da das Vermögen des Schuldners durch die Schulden ganz verzehrt wird. In diefem Falle foll, aller übrigen Gläubiger ungeachtet, der Eigenthümer des Geldes, fo der Schuldner bey Ankaufung einer Sache angewendet, diefe Sache vindiciren können. Das heifst wohl nichts anderes, als dafs er feine vorzügliche Befriedigung vor allen, die fonft Gläubiger heifsen, bekommen foll."

So weit *Weftphal.* Ohne die Verdienfte diefes Mannes auch nur im mindeften zu verkennen, mufs ich doch aufrichtig geftehen, dafs mich feine Darftellung der Sache nicht ganz befriedigt. Zwar bin ich darin völlig mit ihm einverftanden, dafs in den oben angeführten Gefetzen von keiner Erwerbung des Eigenthums, welche *ipfo iure* gefchieht, die Rede fey, fondern dafs der Ausdruck: *utilis vindicatio*, der in einigen derfelben vorkommt, in einer ganz andern Bedeutung genommen werden müffe. Allein er findet darin nicht nur ein ftillfchweigendes Pfandrecht, fondern auch obendrein ein Abfonderungsrecht, das ich zufammen darin nicht finden kann. Denn 1. würde es eine offenbare Ungereimtheit in der Legislation feyn, wenn man überhaupt annehmen wollte, dafs die Gefetze jemanden mit Einem Mahle zwey Rechte beygelegt hätten,

wovon das eine stärker ist, als das andere, und das eine das andere schlechterdings absorbirt. Dies würde aber offenbar der Fall seyn, wenn man den in den oben genannten Gesetzen aufgeführten Personen ein stillschweigendes Pfandrecht und obendrein ein Absonderungsrecht beylegen wollte. Man wende mir nicht dagegen ein, dass dergleichen Beyspiele mehr in den Gesetzen vorkämen, z. B. bey den Gläubigern, welche mit einem gesetzlichen Pfandrechte und obendrein noch mit einem *Privilegio exigendi* versehen sind. Ich kenne diese Beyspiele sehr wohl, allein ich läugne schlechthin, dass sie hier anwendbar sind. Dass verschiedene Gläubiger in den Gesetzen dergleichen doppelte Privilegien bekommen haben, rührt daher, weil man ihnen, da sie schon ein schwächeres Privilegium hatten, ein stärkeres zu desto grösserer Sicherung ihrer Forderungen gab, und das schwächere dabey nicht aufhob, in der Voraussetzung, dass sich ohnehin die Gläubiger desselben nicht bedienen würden. — Aber man zeige mir ein einziges Beyspiel in der ganzen Römischen Legislation, wo einem Gläubiger zwey so wichtige Privilegien, als *Westphal* behauptet, mit Einem Mahle wären beygelegt worden. Dann 2. ist auch zwischen Pfandrecht und Absonderungsrecht ein so offenbarer Widerspruch, dass man der Westphalischen Behauptung durchaus nicht beytreten kann. Ein Pfandrecht kann einem Gläubiger von den Gesetzen nur darum beygelegt werden, damit er vor andern Gläubigern, die mit keinem Pfandrechte versehen sind, den Vorzug haben, und vor diesen zu seiner Befriedigung gelangen soll. Ein Absonderungsrecht hingegen hat den Zweck einer ausschliessenden Befriedigung in Hinsicht auf eine gewisse Sache, und der, welcher desselben theilhaftig ist, geht daher den Pfandgläubigern nicht nur, sondern auch den übrigen noch so sehr privilegirten Gläubigern vor. Endlich 3. kann ich im ganzen Römischen Rechtskörper nicht einmahl die entfernteste Idee von stillschweigenden Hypotheken, denen ein Absonderungsrecht beym Concurse gebührt, finden, sondern alle Separationen, die darin vorkommen, beruhen auf andern Gründen, als auf dem Grunde eines stillschweigenden Pfandrechts. Ja, die Separation aus dem Grunde eines stillschweigenden Pfandrechts möchte wohl, wenn man alles gehörig erwägt, juristisch so wohl, als nach der blossen Vernunft betrachtet, zu den offenbarsten Ungereimtheiten gehören.

Die *utilis vindicatio*, deren die oben angeführten Gesetze erwähnen, ist wahrlich auch kein Zeichen des Pfandrechts. So wird z. B. in der *L.* 1 *C. de donat. quae*

ſub modo dem Alimenten-Heber eine *Vindicatio utilis* zur Zurückforderung ſeines Vermögens geſtattet, wenn der Alimenten-Geber die Alimente entweder nicht fortreichen will, oder nicht fortreichen kann, und es wird ſich doch wohl ſchwerlich jemand finden, der hieraus ein Pfandrecht des Alimenten-Hebers zu deduciren ſich getrauete. — Und ſo iſt in mehrern Geſetzen, wo die *utilis vindicatio* vorkommt, nie vom Pfandrechte, ſondern alle Mahl entweder von einer Ausdehnung dieſer Klage auf andere Fälle, die ſie urſprünglich nicht in ſich begriff, oder von dem Falle die Rede, wenn das Eigenthum zwar verloren gegangen iſt, aber nach unmittelbarer Vorſchrift der Geſetze wieder auflebte. Ich läugne zwar im mindeſten nicht, daſs die hypothekariſche Klage nach dem Beyſpiele aller dinglichen Klagen auch *Vindicatio* in den Geſetzen genannt wird; aber ich behaupte auch ſteif und feſt, daſs ihr das Prädicat: *utilis vindicatio*, nirgends im eigentlichen Sinne dieſes Worts beygelegt wird.

So wenig ich alſo bey den in den oben angeführten Geſetzen genannten Perſonen ein ſtillſchweigendes Pfandrecht annehmen kann, ſo ſehr fühle ich mich doch übrigens geneigt, *Weſtphals* Behauptung beyzutreten, und bey ihnen ein Abſonderungsrecht anzunehmen, aber auch wieder ein Abſonderungsrecht von einer ganz beſondern Art, das nicht mit dem *Beneficio quaſi ſeparationis* verwechſelt werden darf. — Die Richtigkeit dieſer Sätze kann nicht beſſer dargethan werden, als wenn wir die Geſetze ſelbſt analyſiren.

Das erſte Abſonderungsrecht, wovon hier die Rede iſt, kommt in der *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.* vor. *Uxor*, heiſst es daſelbſt, *marito ſuo pecuniam donavit. Maritus ex pecunia ſibi donata aut mobilem, aut ſoli rem comparavit. Solvendo non eſt, et res exſtant: quaero, ſi mulier revocet donationem, an utiliter condictitia experiatur, videtur enim maritus, quamvis ſolvendo non ſit, ex donatione locupletior effectus: cum pecunia mulieris res comparata exſtet? Reſpondi: locupletiorem eſſe ex donatione, negari non poteſt, non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, ſed quid ex re mulieris poſſideat. Solo enim ſeparatur hic ab eo, cui res donata eſt, quod ibi res mulieris permanet, et vindicare directo poteſt, et erit deterior cauſſa viri, ſi ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum eſt, condicatur, quam ſi dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipſas res accommodare.* Das Geſetz

ist aus des *Paulus L. 4 Quaestion.* genommen, und enthält den Fall, wenn eine Frau ihrem Ehemanne in stehender Ehe Geld schenkt, und der Ehemann damit Sachen anschafft, hernach aber die Frau die Schenkung widerruft. Der Mann konnte nachher keine Zahlung leisten, und der Jurist wirft die Frage auf, welche Rechte der Ehefrau jetzt zuständig sind, und welcher Klage sie sich bedienen könne, um zu ihrem Gelde wieder zu gelangen. Wäre das Geld noch in Natur vorhanden gewesen, so hätte sie nach diesem Gesetze sich der Reivindication bedienen können. Nun aber, da dasselbe zum Ankaufe gewisser Sachen war verwendet worden, konnte die Reivindication nicht Statt finden. Die Frau kann daher eigentlich nur mit der *Condictio utilis* so viel von dem Manne fordern, als sie ihm geschenkt hat, denn sonst würde sie offenbar mit dessen Schaden bereichert werden, wenn sie das Recht haben sollte, die erworbenen Sachen selbst zu fordern. Indess sagt *Paulus: nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare.*

Dass die *in rem utilis*, (*actio*,) die hier der Ehefrau beygelegt wird, 1. keine wirkliche *rei vindicatio*, auch 2. nicht einmahl eine solche *Vindicatio utilis* ist, wie bey Alimenten vorkommt, wenn der Alimenten-Geber in Schulden geräth, dünkt mich, liegt aus allem klar zu Tage. Denn so kommt erstens der Frau selbst an demjenigen, was mit ihren Dotal-Geldern erkauft ist, darum noch kein Eigenthumsrecht zu. In der *L. 54 D de iure dot.* heisst es zwar: *Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales videntur;* allein dies will eines Theils so viel wie nichts sagen, weil durch das Wort: *videntur* so wenig bestimmt wird, dass diese Sachen der Frau eigenthümlich zugehören, als dass sie, und in wie fern sie Dotal-Eigenschaft haben sollen. Deutlich erklärt hingegen *L. 12 C. de iure dotium,* dass sie der Frau nicht erworben werden sollen, und mit diesem Gesetze stimmen auch andere Gesetze in den Pandecten überein. Zudem redet die *L. 55 D. de donat. inter v. et u.* generell, und bestimmt nicht, ob die Frau das Geld von ihrem Dotal- oder andern Vermögen geschenkt hat. Voraus gesetzt also zweytens, dass die Ehefrau an den mit ihren Dotal- oder andern Geldern erworbenen Gütern kein Eigenthumsrecht erhält, und daher auch keine Reivindication hat: so kann sie auch keine solche *utilis vindicatio* haben, als dem Alimenten-Heber beygelegt wird, und von welcher ich weiter unten sprechen werde; denn diese *utilis vindicatio* setzt ein wiederauflebendes Eigenthum

voraus, das hier nicht angenommen werden kann, da die Frau schon das Eigenthum an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen hatte, folglich dasselbe nicht wieder aufzuleben braucht.

Aber sollte man doch wohl unter der *in rem utilis actio* hier nicht eine Eigenthumsklage auf folgende Art denken können? Wie, wenn die Gesetze damit so viel sagen wollten: die Frau soll an diesen mit ihrem geschenkten Gelde erkauften Sachen ein bedingtes Eigenthum haben, nämlich auf den Fall, wenn der Ehemann nicht Zahlung leisten kann, und die *in rem utilis actio* wäre auf diese Art eine bedingte Eigenthumsklage? denn daſs von einer dinglichen Klage die Rede sey, leuchtet doch wohl deutlich hervor. Ich muſs gestehen, diese Hypothese hat mir lange gefallen, aber alle Umstände laufen so bestimmt zusammen, daſs ich sie durchaus nicht weiter annehmen kann. Das Gesetz gesteht der Ehefrau eigentlich nur *Condictionem utilem*, und auf nichts mehr als auf das Geld, das sie dem Manne geschenkt hat, zu, weil sie sonst bereichert werden würde, wenn sie die von ihm damit erworbenen Sachen sollte an sich ziehen können. Daſs ihr die *utilis in rem actio*, die ihr der Jurist am Ende zugesteht, noch ein besseres Recht, zu dem Ihrigen zu kommen, geben soll, ist nicht zu läugnen. Aber ein bedingtes Eigenthumsrecht kann dabey nicht zum Grunde liegen. Denn 1. erklärt er sich in dem ganzen Gesetze geradezu gegen alles Eigenthumsrecht der Frau an den von ihrem Manne mit dem geschenkten Gelde erworbenen Sachen. Auch selbst ein solches bedingtes Eigenthum verwirft er stillschweigend dadurch, daſs er den Fall unterstellt, wo eben dieses nur angenommen werden könnte. Dann 2. würde ja dieses bedingte Eigenthum seinen vorher geäuſserten Grundsätzen widersprechen, indem nun die Ehefrau vermittelst desselben die Sachen schlechthin würde abfordern können, und gleichwohl soll sie *Condictionem utilem* nicht weiter haben, als das geschenkte Geld sich beläuft.

Schlieſsen wir also bey der Erklärung des Gesetzes die *rei vindicatio*, selbst auch die *Vindicatio utilis*, und die hypothekarische Klage, die sich hier gar nicht denken läſst, aus; so bleibt uns nichts übrig, als unter der *in rem utilis*, (*actio,*) einen Antrag auf Absonderung beym Schuldenwesen des Mannes zu verstehen. Man erwäge alle Umstände genau; und man wird die Wahrheit dieser Behauptung bewährt finden. Das Gesetz setzt 1. den Fall voraus, wenn der Ehemann nicht zahlfähig ist; es verwirft deutlich 2. alles Eigenthum der Ehefrau an diesen Sa-

chen; es will ferner 3. nicht, dass die Frau mehr fordern könne, als sie dem Manne geschenkt hat; und will endlich 4. doch gern der Ehefrau zu dem Ihrigen auf dem bestmöglichsten Wege verhelfen. Dies kann aber, da ein Pfandrecht ohne ausdrückliche Vorschrift der Gesetze nicht angenommen werden kann, nicht anders als durch den Weg der Separation geschehen, folglich kann nur das Gesetz davon reden, und das um so mehr, als dabey die Ehefrau das, was nach ihrer Befriedigung übrig bleibt, den übrigern Gläubigern des Mannes restituiren muss, welches dem Gesetze vollkommen gemäss ist. Das Gesuch um Separation ist in so fern wirklich wie eine *utilis in rem actio* anzusehen, als die Ehefrau sich wegen des ihr gebührenden Geldes bloss an die Sachen hält, die von ihrem Ehemanne damit erkauft worden sind, und aus denselben ihre Befriedigung begehrt. Man hat also bey der Erklärung dieser *utilis in rem actio* selbst nicht einmahl nöthig, sich nach der Theorie von dinglichen Klagen ängstlich umzusehen. o)

Den zweyten Fall, wo auch von einem Absonderungsrechte die Rede ist, enthält *L.* 2 *D. quando ex facto tutor. Si tutor vel curator*, heisst es daselbst, *pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit: utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.* Das Gesetz ist aus dem *L.* 1 *Opinionum* des *Ulpian* genommen, und es ist darin die Rede von einem Vormunde oder Curator, der Pupillen- oder Curanden-Geld auf seinen eignen Nahmen auslieh, oder damit Grundstücke auf eben diese Art erkaufte. Dem Pupillen oder Curanden wird darin eine *utilis actio*, im erstern Falle *ad mutuam pecuniam exigendam*, im letztern *ad rem vindicandam* beygelegt. *Westphal* erklärt das Gesetz in Hinsicht auf den letztern Fall von einem stillschweigenden Pfandrechte, und verwechselt den darin erzählten Fall mit dem, wenn ein Fremder auf seinen Nahmen mit Pupillen Geld etwas erkauft hat. Allein in dem Gesetze ist offenbar die Rede von einem verschuldeten Vormunde oder Curator, und zwar von einem solchen, von dem der Pupill oder Curande auf dem ordentlichen Wege nichts mehr erhalten kann. p) Es leuchtet dieses aus der ganzen

o) Vergleiche noch *Sonnemann Praelect. ad leges notabil.*, §. 516.

p) Vergleiche über dieses Gesetz noch *Berger Resol. LL.*, 467; *I. v. Bechmann* D. *ad L.* 2 *D. quando ex facto tutor.*, Ien. 1685; *ab Oosterga Disput. ad D.*, II, 6.

Fassung des Gesetzes deutlich hervor, wenn gleich darin der Insolvenz mit keinem Worte gedacht ist. Denn es ist darin von ausserordentlichen Rechtsmitteln die Rede, welche dem Pupillen oder Curanden zukommen sollen, um zu dem Seinigen zu gelangen, und es ist bekannt, dass ausserordentliche Rechtsmittel nie gestattet werden, wo die ordentlichen zureichen. Wäre der Vormund oder Curator aber im Stande gewesen, den Pupillen oder Curanden zu befriedigen, so würde derselbe schon durch das gemeine Rechtsmittel aus dem Quasi-Contracte der Vormundschaft oder Curatel-Verwaltung hinlänglich gedeckt gewesen seyn, und es dieser ausserordentlichen Rechtsmittel nicht bedurft haben. Dieser Punkt ist also durch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze schon so berichtigt, dass es weiter keines Beweises bedarf. Und da man als ausgemacht voraus setzen kann, dass die Gesetze dem Pupillen auf die vom Vormunde mit seinem Gelde erkauften Sachen kein Pfandrecht beylegen, so kommt es jetzt nur noch darauf an, zu beweisen, dass unter der in diesem Gesetze vorkommenden *Actio utilis ad rem vindicandam* nichts anderes, als ein Antrag auf Absonderung dieser Sachen, die der Vormund oder Curator auf eignen Nahmen mit dem Gelde des Pupillen oder Curanden erkauft hat, verstanden werden kann. Diesen Beweis führe ich folgender Gestalt: 1. In keinem Gesetze ist verordnet worden, dass der Pupill oder Curande an solchen Sachen, die der Vormund oder Curator auf seinen eignen Nahmen, aber mit dessen Gelde erkauft hat, das Eigenthum *ipso iure* erwerben soll. Aus der Analogie der Gesetze, und selbst aus deutlichen Gesetzen, folgt vielmehr gerade das Gegentheil. a. Aus der Analogie der Gesetze. In der *L. 7. D. qui potior. in pignor.* wird dem Pupillen an Sachen, die ein anderer mit dessen Gelde erkauft hat, bloss ein stillschweigendes Pfandrecht ertheilt. Es läfst sich aber kein Grund absehen, warum er an Sachen, die der Vormund auf seinen eignen Nahmen mit Pupillen-Geld erkauft hat, ein Eigenthumsrecht bekommen sollte, da zwischen beyden Fällen wahrlich im Ganzen kein Unterschied ist. Nach aller gesetzlichen Analogie würde man bloss annehmen können, dass er auch an diesen Sachen bloss ein stillschweigendes Pfandrecht bekomme, wenn diesem nicht erstens die allgemeine Regel: dass man ohne ausdrückliche gesetzliche Verordnung kein stillschweigendes Pfandrecht annehmen könne, und dann zweytens die *L. 2 D. quando ex fact. tutor.* selbst entgegen stünde, nach welcher ihm eine *utilis actio ad rem vindicandam*, folglich ein grösseres Recht

beygelegt wird, als das Pfandrecht giebt. b. Aus deutlichen Gesetzen. Die *L.* 2 *D. quando ex facto tutor.* legt dem Pupillen bloſs eine *utilis actio ad rem vindicandam* bey. Wozu aber würde es hier einer *utilis actio* bedurft haben, wenn der Pupill sogleich das Eigenthum von den mit seinem Gelde erkauften Sachen erworben hätte? Er hätte ja alsdann dieser *utilis actio* nicht bedurft, sondern geradezu sich der Reivindication bedienen können. 2. Es widerstreitet der gesetzlichen Analogie, wenn man annehmen wollte, der Pupill erhalte auf den Fall, wenn der Vormund das Geld nicht restituiren kann, das wahre Eigenthum an den mit seinem Gelde erkauften Sachen, und die *Actio utilis ad rem vindicandam*, die ihm in dem Gesetze beygelegt wird, sey von der eigentlichen Reivindication zu verstehen; denn alsdann würde ja der Pupill diese Sachen ohne allen Unterschied abfordern können, wenn sie auch weit mehr werth wären, als die Summe, die von seinem Gelde der Vormund zu Erwerbung derselben aufwandte; — er würde dadurch offenbar zum Nachtheile der übrigen Gläubiger bereichert werden. Diese Behauptung, zu der man sich alsdann schlechthin bekennen müſste, würde aber offenbar demjenigen widersprechen, was sonst die Gesetze in ähnlichen Fällen annehmen. Wie genau geht nicht die *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.* bey Bestimmung der Frage zuwege, wie die Ehefrau zu ihrem dem Manne geschenkten Gelde, wenn sie die Schenkung widerrufen hatte, gelangen soll! Dort will das Gesetz der Frau auf keinerley Weise mehr Recht an den mit diesem Gelde erworbenen Sachen zugestehen, als sie nach dem Betrage des geschenkten Geldes eigentlich nur hatte; und hier sollte man annehmen können, daſs das Gesetz dem Pupillen ein nützliches Eigenthumsrecht auf den ganzen Werth der mit seinem Gelde erkauften Sachen habe ertheilen wollen? Welch ein Widerspruch würde dadurch zwischen Gesetzen entstehen, die von ganz ähnlichen Fällen reden, wenn sie auch gleich aus den Schriften verschiedener Rechtslehrer genommen sind! Man wende mir nicht ein, daſs ein Widerspruch in den Pandecten nichts ungewöhnliches sey, auch nach der Natur der Sache nicht seyn könne, und daſs man sich nicht daran zu kehren habe, wenn nur sonst die sich widersprechenden Gesetze bestimmt reden. Ich weiſs dies wohl, aber ein Widerspruch dieser Art findet sich hier nicht. Beyde Gesetze, die *L.* 55 *D. de donat. int. v. et u.*, und die *L.* 2 *D. quando ex facto tutor.*, reden von ganz ähnlichen Fällen. Sie setzen einen insolventen Schuldner voraus; sie wollen fer-

ner den Gläubiger aus gewiſſen Urſachen begünſtigt wiſſen; ſie geſtehen ferner beyde dem Gläubiger eine *utilis in rem actio* zu. Der Unterſchied liegt bloſs darin, daſs in der *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.* die *utilis actio* nicht weiter beſtimmt iſt, in der *L.* 2 *D. quando ex fact. tutor.* aber noch der Zuſatz vorkommt: *ad rem vindicandam.* Dieſer Unterſchied thut hier aber nichts zur Sache, indem eben dieſer Nachſatz nach allen Regeln der Hermeneutik auch in der *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.* ſtillſchweigend voraus geſetzt wird. Die *Actio in rem utilis*, die hier das Geſetz dem Pupillen einräumt, kann daher ebenfalls von nichts anderm, als von einer Imploration auf Abſonderung verſtanden werden, indem der Pupill wegen ſeines Geldes nur bloſs gedeckt werden ſoll.

Der dritte Fall, wobey ebenfalls ein Abſonderungsrecht Statt findet, iſt der, wenn ein Ehemann mit Dotal-Geldern ſeiner Ehefrau etwas erkauft oder ſonſt erwirbt, und nun in Schulden geräth. Ich muſs zwar geſtehen, daſs der Beweis dieſes Abſonderungsrechts ſich nicht ſo leicht führen läſst, als in den vorigen Fällen, in denen wirklich ein Abſonderungsrecht unbezweifelt erhellt. Man pflegt daſſelbe allgemein aus der *L.* 54 *D. de iure dotium* abzuleiten, worin es aber bloſs heiſst: *Res, quae ex dotali pecunia comparatae ſunt, dotales eſſe videntur.* q) Da aber aus dieſem Geſetze ein ſolches Abſonderungsrecht keinesweges erhellt, vielmehr in der *L.* 12 *C. de iure dot.* geſagt wird, daſs weder der Ehefrau an den mit ihren Dotal-Geldern erkauften Sachen ſo wenig das Eigenthum als ein anderes Recht zuſtändig ſeyn ſoll, ſondern ſie bloſs mit der *Actio dotis* auf das Geld ſoll klagen können; ſo iſt man wegen Vereinigung dieſer Geſetze in einer nicht geringen Verlegenheit. *Weſtphal* vereinigt ſie ſo, daſs er der Frau eine ſtillſchweigende Hypothek an dieſen Sachen mit dem Rechte der Abſonderung beym Schuldenweſen des Mannes zugeſteht, anderer Rechtslehrer Vereinigungen zu geſchweigen, die auf ein der Frau an dieſen Sachen zuſtändiges Eigenthumsrecht abzwecken, welches man, weil es nirgends gegründet iſt, heutiges Tages allgemein verwirft. Ich finde mit *Weſtphal* in der *L.* 54 *D. de iure dot.* zwar ein Abſonderungs-, aber kein Pfandrecht, aus den Gründen, welche ich bereits

q) Vergleiche über dieſes merkwürdige Geſetz noch *Alciatus* in *Oper.*, IV, 467; *Cujaz.* in *Oper.*, IV, 112; *Pet. Greve Exerc. ad Dig.*, 412; *Fineſtres de iure dotium*, IV, 59; *Fabri Coniect.*, 215; *Balki* D. *qua explicatur et illuſtr. inſcriptio Leg.* 54 *D. de iure dotium*, Lugd. Bat. 1706.

oben in den allgemeinen Bemerkungen über diese Separations-Fälle angegeben habe. Aber ich behaupte auch zugleich, dass sich aus der *L. 54 D. de iure dotium* das Separations-Recht keinesweges directe beweisen läst, sondern blos durch die Analogie des Rechts unterstützt folgender Gestalt angenommen werden muss.

Die *L. 54 D. de iure dotium* und *L. 12 C. eod.* stehen sich im Wesentlichen gar nicht entgegen. Die *L. 12 D. de iure dot.* redet von der Zurückforderung des Brautschatzes aus dem Vermögen des Mannes überhaupt, und wie sich die Frau zu benehmen habe, wenn mit ihren Dotal-Geldern der Mann etwas erkauft hat. Es wird in derselben der Frau blos das Eigenthumsrecht an diesen mit ihren Dotal-Geldern erworbenen Sachen, nicht aber das Absonderungsrecht abgesprochen. Denn dieser Umstand, dass es darin heisst, die Frau solle blos *Actionem dotis* haben, kann hier nicht in Betrachtung kommen, da das Absonderungsrecht sich blos auf den Fall des Schuldenwesens bezieht, und von diesem in dem Gesetze nicht die Rede ist. Das Gesetz kann uns also nicht entgegen stehen, um ein Separations-Recht der Frau anzunehmen, wenn dieses nur sonst nachgewiesen werden kann, weil es blos eine Regel giebt, wie sich die Frau ausser dem Falle des Schuldenwesens über ihres Mannes Vermögen zu verhalten habe.

Dies als richtig voraus gesetzt, — und das Gegentheil dürfte wohl schwerlich dargethan werden können, — wollen wir uns nun bemühen, das Absonderungsrecht der Frau an den mit ihren Dotal-Geldern erkauften Sachen aus der *L. 54 D. de iure dotium*, unterstützt durch Rechts-Analogie, zu beweisen. 1. Die *L. 54 de iure dotium* ist aus ihrer Verbindung gerissen, und durch die Compilatoren der Pandecten so entblösst hingestellt worden, dass man sie auch aus dem Zusammenhange mit den ihr vorauf gehenden und nachfolgenden Gesetzen in dem Titel der Pandecten: *de iure dotium*, nicht gut erklären kann, welche Erklärungsart doch sonst bey den in den Pandecten enthaltenen Gesetzstellen von dem grössten Nutzen ist. Wir wollen indess versuchen, ob nicht so wohl aus dem ganzen Titel der Pandecten, als aus der Verbindung, worin das Gesetz mit der vorher gehenden *L. 53 eod.* steht, eine richtige Erklärung des Gesetzes heraus gebracht werden kann, welches, wenn man es ohne alle diese Verbindung lieset, gar nichts sagt, weil es keine *Verba dispositiva*, ohne welche man eigentlich kein Gesetz annehmen kann, enthält. Der Titel der Pandecten: *de iure dotium*, enthält vielerley den Brautschatz betreffende Anordnungen, z. B. von der Verbind-

lichkeit, den Brautschatz zu bestellen, von der Schätzung desselben, Gewährsleistung, den Rechten des Brautschatzes u. s. w. Mitten unter diesen Gesetzen kommt auch die *L.* 54 vor, welche von Sachen redet, die mit Dotal-Geldern der Frau erkauft sind, und von ihnen sagt: *dotales esse videntur.* Mit diesen Worten haben die Verfertiger der Pandecten allerdings etwas Bestimmtes sagen wollen, denn sonst würden sie solche nicht abgesondert von andern Gesetzen hingesetzt haben. Gleichwohl kann man nicht annehmen, dass sie den mit Dotal-Geldern der Frau erkauften Sachen dieselbe Eigenschaft haben beylegen wollen, welche den Dotal-Geldern selbst zukommt, denn so würden sie sich des Worts: *videntur*, nicht bedient, sondern gewiss ein anderes Wort eingeschoben haben. Aber was für eine Bedeutung soll man dabey denn annehmen? Ich finde keine natürlicher, als die, dass der Frau an den mit ihren Dotal-Geldern erkauften Sachen selbst ein Recht zuständig seyn soll, das aber kein Eigenthumsrecht seyn kann, weil dies durch das Wort: *videntur*, selbst ausgeschlossen wird. Nimmt man nun auf das unmittelbar vorher gehende drey und funfzigste Gesetz Rücksicht, so zeigt es sich etwas deutlicher, was die Gesetzgeber damit wohl für ein Recht gemeint haben können. In diesem Gesetze ist von einem Schuldner die Rede, der nicht Zahlung leisten kann, — zwar nicht von dem Ehemanne, aber doch von einem, der einen Brautschatz versprochen hatte, und von dem die Compilatoren der Pandecten sehr leicht auf den insolventen Ehemann verfallen konnten. Und wenn sich in solcher Dunkelheit etwas vermuthen lässt, so verfielen sie auch wirklich darauf, und legten in dem gleich darauf folgenden Gesetze der Ehefrau ein Absonderungsrecht an den mit ihren Dotal-Geldern erkauften Sachen beym Schuldenwesen des Mannes bey.

So erkläre ich mir den Sinn der *L.* 54 *D. de iure dot.*, und diese Erklärung will ich nun 2. durch die Rechts-Analogie zu unterstützen suchen. In der *L.* 55 *D. de donat. inter v. et u.* wird der Ehefrau, wie ich oben gezeigt habe, schon ein Absonderungsrecht an den Sachen beygelegt, welche der Mann mit dem Gelde erworben hatte, das sie ihm schenkte. Dieses Privilegium kann keinen andern Zweck als den haben, damit die Frau wegen des Ihrigen nicht zu kurz kommen soll. Schon vermöge der gesetzlichen Analogie könnten wir den Satz behaupten, dass dieses Absonderungsrecht der Frau ebenfalls zustehen müsse, wenn auch die *L.* 54 *D. de iure dotium* denselben gar nicht unterstützte. Denn ertheilen die

Gesetze der Frau in einem Falle an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen, und noch dazu unbestimmt, ob dieses Geld Dotal-Geld ist, oder nicht, das Absonderungsrecht; so sehe ich nicht ein, warum man ihr in einem andern völlig gleichen Falle dasselbe nicht auch gestatten wollte, wo es zumahl ausgemacht Dotal-Geld ist, womit der Mann die Sachen erworben hat, das bekanntlich so sehr von den Gesetzen begünstigt wird. — Der Unterschied, dass in dem ersten Falle mit dem Gelde dem Manne ein Geschenk gemacht worden war, in dem letztern aber der Mann sich des Geldes eigenmächtig angemaſst hatte, thut hier nichts zur Sache, denn dadurch, dass die Frau die Schenkung widerrief, bekam ja das geschenkte Geld seine vorige Eigenschaft wieder, und dass der Mann hier erlaubter Weise, in dem andern Falle aber widerrechtlich verfahren war, konnte auf das Recht der Frau selbst keinen Einfluss haben. Aber gesetzt auch, es hätte einen solchen Einfluss gehabt, so würde der Frau, wenn ihr Mann geradezu Dotal-Geld nahm und damit etwas anschaffte, das Absonderungsrecht um so mehr zu Statten kommen, da es ihr zu Statten kam, wenn der Mann mit geschenktem Dotal-Gelde Sachen erworben hatte.

Ob ich gleich dafür halte, dass durch dasjenige, was bisher gesagt worden ist, das Absonderungsrecht der Frau ganz ausser Zweifel gesetzt ist, so kann ich doch nicht umhin, bey dieser Gelegenheit einem Zweifel zu begegnen, der mir so oft selbst bey Beurtheilung dieses Absonderungsrechts der Ehefrau eingefallen ist. Er ist dieser: Nach den Gesetzen des Codex ist bekanntlich der Ehefrau wegen ihres Eingebrachten an dem Vermögen des Mannes ein stillschweigendes Pfandrecht statt des ehemahligen persönlichen Privilegii, und wegen des Brautschatzes noch obendrein das so kraftvolle *Privilegium dotis* beygelegt worden. Sollte wohl dadurch nicht dieses Absonderungsrecht, dessen die *L. 54 D. de iure dotium* gedenkt, aufgehoben worden seyn, und dies als die Ursache angesehen werden können, warum desselben in den neuern Gesetzen weiter keine Erwähnung geschieht? Ich glaube nicht. Denn so beziehen sich jenes stillschweigende Pfandrecht und *Privilegium dotis* bloss auf den Fall, wenn das Vermögen der Frau nicht mehr *in natura* vorhanden ist, auch nichts von dem Manne damit ist erworben worden; dieses Absonderungsrecht hingegen unterstellt alle Mahl den Fall, wenn der Mann mit dem Gelde der Frau etwas erworben hat, das noch vorhanden ist. Beyde der Ehefrau ertheilte Privilegien können daher füglich mit

einander bestehen, und beyde bey einem und eben demselben Schuldenwesen zur Anwendung kommen. Sie müssen auch beyde der Ehefrau noch heutiges Tages gestattet werden, da in den neuern Gesetzen das Absonderungsrecht der Ehefrau nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist, auch aus dem ihr ertheilten stillschweigenden Pfandrechte und *Privilegio dotis* die Aufhebung desselben nicht gefolgert werden kann.

Der vierte und letzte Fall, in welchem auch noch das Absonderungsrecht gegründet ist, kommt in der *L. 8 C. de rei vindic.* vor. *Si,* (*ut proponis*,) heiſst es daselbst, *pars adversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti, partes aequitatis non negabit. Idem mandati quoque, sive negotiorum gestorum actionem inferenti tibi iurisdictionem praebebit.* In dem Gesetze ist die Rede von einem Soldaten, mit dessen Gelde ein anderer nicht auf des Soldaten, sondern auf seinen eignen Nahmen gewisse Sachen erkauft hatte, und dem Soldaten wird an diesen Sachen *utilis vindicatio* darin zugestanden. Daſs der Soldat an den mit seinem Gelde erkauften Sachen nicht schlechterdings das Eigenthum erhalten soll, dünkt mich, liegt klar in dem Gesetze zu Tage, denn sonst würde ihm nicht *vindicatio utilis* gestattet worden seyn. Aber dies, daſs er ein Absonderungsrecht an solchen Sachen haben soll, erhellt daraus nicht deutlich, vielmehr scheint es beym ersten Anblicke der Willkühr des Soldaten völlig überlassen zu seyn, ob er sich nach Umständen der *Actio mandati* und *negotiorum gestionis*, um zu seinem Gelde zu kommen, oder der *Vindicatio utilis* an den Sachen selbst bedienen will. Noch mehrern Schein gewinnt dieses, wenn man auf die Worte: *obtentu militiae*, Rücksicht nimmt, welche deutlich zu erkennen geben, daſs von einem soldatischen Privilegio die Rede ist; wenn man ferner erwägt, daſs zuerst dem Soldaten die *Vindicatio utilis* geradezu zugesprochen, und es ihm hernach frey gestellt wird, sich auch der *Actio mandati* und *negotiorum gestionis* zu bedienen; und wenn man endlich darauf sieht, daſs auch nicht einmahl auf eine entfernte Art in dem Gesetze auf den verschuldeten Zustand desjenigen, der mit dem Gelde des Soldaten die Sachen erwarb, angespielt wird.

Allein nichts desto weniger glaube ich doch, daſs in dem angeführten Gesetze bloſs von einem Absonderungsrechte die Rede ist. Denn 1. ist es auſser

allem Zweifel, daſs die *utilis vindicatio* ein auſserordentliches Rechtsmittel iſt, das, ſo lange als es noch ein ordentliches Rechtsmittel giebt, nicht Statt haben kann. Es läſst ſich auch 2. nicht annehmen, daſs aus beſonderer Begünſtigung des Soldatenſtandes hier eine Ausnahme wäre gemacht worden, da die Verleihung dieſes Rechtsmittels ſelbſt ſchon Begünſtigung genug für den Soldaten iſt, und Privilegien ſo viel als möglich eingeſchränkt erklärt werden müſſen. 3. Daſs in dem Geſetze der Inſolvenz desjenigen, der die Sachen mit Soldaten-Geld erwarb, nicht erwähnt wird, thut nichts zur Sache, ſo bald nur dieſer Umſtand aus der Analogie anderer geſetzlicher Entſcheidungen ſupplirt werden kann, wie dies hier wirklich der Fall iſt. Denn endlich 4. kann dies, daſs in dem Geſetze dem Soldaten zuerſt die *utilis vindicatio* zugeſprochen, und ihm hernach der Gebrauch anderer bloſs auf die Reſtitution des Geldes gehender Rechtsmittel verſtattet wird, nichts releviren, ſo wichtig auch dieſer Umſtand anfänglich zu ſeyn ſcheint. Das Geſetz iſt ein Reſcript, welches eine Antwort auf eine dem Kaiſer, wie die Ueberſchrift zeigt, von einem Soldaten vorgelegte Anfrage enthält. Wie dieſe Anfrage im Ganzen beſchaffen war, ſehen wir wohl aus der Antwort, aber nicht, worauf einzelne darin enthaltene Punkte gerichtet waren. Wie, wenn der Soldat anfragte, ob er ſich wohl neben der *Vindicatio utilis* auch der *Actio mandati* und *negotiorum geſtionis* bedienen könne, oder vielleicht der Kaiſer ſelbſt, um alle fernere Anfrage zu vermeiden, bey der Verleihung der *Vindicatio utilis* auch dem Soldaten jene Rechtsmittel vorbehielt, indem es ſich leicht zutragen konnte, daſs die Sache unterdeſſen unterging oder vielleicht auf einen andern von dem Schuldner übertragen wurde?

Ich habe bereits oben bemerkt, daſs die bisher entwickelten Separations-Fälle nicht mit denjenigen verwechſelt werden dürfen, welche unter der Separation und Quaſi-Separation begriffen ſind. Iſt dieſe Behauptung gegründet, ſo wie ich ſie dafür halte, ſo müſſen ſchlechterdings unterſcheidende Merkmahle zwiſchen ihnen und den Separations- und Quaſi-Separations-Fällen anzutreffen ſeyn, und dieſe ſetze ich in folgende: So wohl das eigentliche als uneigentliche Abſonderungsrecht darf den Gläubigern nicht ohne Noth geſtattet werden, und daher iſt alle Mahl eine richterliche Unterſuchung und ein Erkenntniſs wegen dieſes Punkts nöthig. Bey den Separations-Fällen aber, die hier zuletzt entwickelt worden ſind, glaube ich, muſs es dem Separatiſten ſchlechthin frey ſtehen,

ob er sich sogleich an die Sachen, welche einen Gegenstand seines Separations-Rechts abgeben, halten, oder mit den übrigen Gläubigern in eine Gemeinschaft einlassen will. Die *utilis vindicatio* wird in den Gesetzen zwar bedingter Weise verliehen, aber die Bedingung, welche bey Verleihung derselben zum Grunde liegt, erstreckt sich bloss auf die Insolvenz des Schuldners, nicht darauf, ob der Separatist bey einem entstandenen Schuldenwesen zu kurz kommen würde, oder nicht. Er kann daher, so bald sich die mit seinem Gelde erkauften Sachen noch unter dem Vermögen des Schuldners befinden, sogleich als der Schuldner nicht Zahlung leisten kann, solche mit der *utilis vindicatio* angreifen, deren Veräusserung verlangen, und fordern, mit dem daraus gelöseten Gelde befriedigt zu werden.

Von der Rechtswohlthat der Separation so wohl als von den übrigen Absonderungsfällen, welche ich unter dem Nahmen der einfachen oder schlechten Sonderung hier zusammen fasse, ist die Reviviscenz des Eigenthums verschieden, die zwar auch eine ausschliessende Befriedigung beym Schuldenwesen verschafft, aber vermöge welcher derjenige, den sie betrifft, unter den Vindicanten seinen Platz einnimmt, und daher gar nicht zu den Gläubigern bey einem Schuldenwesen gezählt werden kann.

Es gehört dahin: 1. wenn dem Schuldner unter einer resolutiven Bedingung etwas eigenthümlich war überlassen worden, welche hernach nicht in Erfüllung gegangen ist. Es ist zwar keinem Zweifel unterworfen, dass die Gläubiger noch diese Bedingung erfüllen können, so lange die Zeit der Erfüllung nicht abgelaufen ist, wenn anders überall die Erfüllung der Bedingung in der Macht eines Menschen stand, weil sie durch das Schuldenwesen in die Rechte des Schuldners treten; allein ist solche einmahl verstrichen, so sind sie auch bey dem Wiederaufleben des Eigenthums die Sache heraus zu geben schuldig, und können, nach der Natur dieses Geschäfts, nicht einmahl auf dasjenige, was etwa die Sache über den dafür bezahlten Werth betragen sollte, Anspruch machen. Derjenige, dessen Eigenthum durch die Nichterfüllung der resolutiven Bedingung wieder auflebte, fordert ja die Sache mit der Reivindication zurück, und muss daher ganz nach den Rechten desjenigen beurtheilt werden, dessen eigenthümliche Sache sich bey dem Ausbruche des Schuldenwesens noch in den Händen des Schuldners befand. Freylich muss er sich eine Compensation der Früchte mit dem Ge-

brauche des Kaufgeldes gefallen lassen, aber an der Substanz der Sache braucht er den Gläubigern kein Recht weiter zuzugestehen.

Ferner 2. gehört auch hierher und kommt vorzugsweise in Betrachtung der Fall, wovon die *L.* 1 *C. de donat. sub modo* spricht. *Si doceas*, (heisst es hier,) *ut affirmas nepti tuae ea lege donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est, actionem, qua pristinum dominium tibi restituatur. Nam* (*non solum*) *condictio quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio, iure procedit, verum etiam vindicationem quoque Divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.* Nach diesem Gesetze soll das Eigenthum des Alimenten-Hebers, wenn der Alimenten-Geber den Alimenten-Contract nicht erfüllen, und die versprochenen Alimente nicht leisten will, an den diesem bedingter Weise geschenkten Gütern wieder aufleben, und er befugt seyn, solche mit der Reivindication zurück zu fordern. Die Reviviscenz des Eigenthums zeigen die Worte: *qua pristinum dominium tibi restituatur*, mehr denn zu deutlich, und dass die *Vindicatio utilis*, von welcher in dem Gesetze die Rede ist, die wahre Eigenthumsklage sey, geht aus dem voraus gesetzten Wiederaufleben des Eigenthums eben so deutlich hervor. Man kann auch den Zusatz: *utilis*, nicht von einer *Vindicatio* der Art erklären, als oben bey der schlechten Absonderung vorgekommen ist, sondern dieses Wort will hier weiter nichts sagen, als dass die *Reivindicatio* zur Hülfe Statt finden soll, so wie die Reviviscenz des Eigenthums zur Hülfe Statt hat. Obgleich das Gesetz nur von dem Falle des Nichtwollens spricht, so glaube ich doch, dass unbedenklich auch unter der Verfügung desselben der Fall des Nichtkönnens begriffen ist, und dass man daher dem Alimenten-Heber auch die Reivindication unter Voraussetzung des Wiederauflebens des Eigenthums gestatten müsse, wenn der Alimenten-Geber in Schulden geräth. Dabey entsteht nun aber die Frage: ob, im Geiste des Römischen Rechts, man den Gläubigern die Befugniss zusprechen kann, mit Zurückbehaltung der geschenkten Güter den Alimenten-Contract mit dem Alimenten-Geber fortzusetzen? Ich glaube eigentlich nicht. Der Alimenten-Contract ist ein Vertrag, der mit Hinsicht auf besonderes Zutrauen gegen eine gewisse Person abgeschlossen wird: und so wie es dieser nicht erlaubt ist, einen andern als Alimenten-Geber an ihre Stelle zu setzen, eben so wenig können die Gläubiger ver-

langen, dafs der Alimenten-Heber mit ihnen den Alimenten-Contract fortſetzen ſoll. — Nur alsdann, glaube ich, machte man eine Ausnahme, wenn der Alimenten-Contract bloſs auf Geldleiſtungen war abgeſchloſſen worden, wobey es dem Alimenten-Heber völlig gleich ſeyn konnte, von wem er die Alimente empfing; doch muſsten unſtreitig die Gläubiger, wenn ſie zur Fortſetzung des Alimenten-Contracts zugelaſſen werden wollten, dem Alimenten-Heber die gehörige Sicherheit ſtellen, wenn auch der Schuldner ſolche nicht geſtellt hatte. Ueberhaupt behinderte auch eine ſolche von dem Schuldner und Alimenten-Geber etwa zur Erfüllung des Alimenten-Contracts geſtellte Sicherheit die Reviviſcenz des Eigenthums ſo wenig, als daſs ſie die Gläubiger befugt machte, die vermöge des Alimenten-Contracts dem Schuldner überlaſſenen Güter ſich nun zuzueignen und zu veräuſsern, indem es noch immer dem Alimenten-Heber überlaſſen blieb, mit Zurückforderung ſeines Vermögens den Contract aufzuheben: denn eine ſolche Sicherheitsleiſtung konnte weiter nichts als den Fall berückſichtigen, wenn der Schuldner die ihm überlaſſenen Vermögensſtücke zu ſeinem Nutzen verwendet oder veräuſsert hatte, und folglich eine Reviviſcenz des Eigenthums ohne Nutzen war, indem gegen einen dritten Beſitzer die Reivindication gewiſs nicht geſtattet wurde.

Was wegen des Alimenten-Contracts Rechtens war, fand gewiſs wegen jeder andern Modal-Schenkung auch Statt, wobey ich nur noch bemerken muſs, daſs nach Römiſchen Begriffen jeder Alimenten-Contract eine Modal-Schenkung in ſich begriff.

DREYZEHNTES KAPITEL.

Von den zum Nachtheile ſeiner Gläubiger von dem Schuldner in Hinſicht auf ſein Vermögen vorgenommenen Verfügungen, beſonders von der Alienatio in fraudem creditorum. — Actio Pauliana und Interdictum fraudatorium.

Ich habe bisher das Römiſche Schuldenweſen, ſo wie wir es in den Ueberbleibſeln der Römiſchen Geſetzgebung finden, und abgeſehen von allen Zuſätzen des heutigen Rechts, abgehandelt. Es bleibt mir noch zu unterſuchen übrig: Was war Rechtens, wenn ein Schuldner eine zum Nachtheile ſeiner Gläubiger gerei-

chende Verfügung in Hinſicht auf ſein Vermögen unternommen hatte? Ich verſtehe darunter jede Handlung deſſelben, wodurch den Gläubigern entweder insgeſammt, oder auch nur einigen von ihnen in Anſehung ihrer Befriedigung ein Nachtheil zugefügt wird. Ehe ich dieſe Frage ſelbſt beantworten kann, muſs ich von der möglichen Beſchaffenheit ſolcher Verfügungen noch das Nöthige voraus ſenden.

Alle Verfügungen des Schuldners, welche von demſelben in Hinſicht auf ſein Vermögen zum Nachtheile ſeiner Gläubiger unternommen gedacht werden können, laſſen ſich füglich unter zwey Haupt-Claſſen bringen. Sie beſtehen nämlich entweder in einer Verringerung ſeines Vermögens, (*Deminutio patrimonii*,) [r]) oder in einer Nichterwerbung, (*non adquiſitio* ſ. *Omiſſio*.) [s]) Eine Vermögensverringerung läſst ſich auf Seiten des Schuldners ſo oft annehmen, als derſelbe ſich einer Sache oder eines Rechts entſchlägt, welches er bereits vollkommen erworben hatte, und welches als ein Theil ſeines Vermögens betrachtet werden konnte, oder jemanden auch nur ein Recht an ſeinem Vermögen zugeſteht, indem auch hierdurch eine Minderung ſeines Vermögens bewirkt wird. Es gehören alſo dahin alle Fälle, wenn z. B. der Schuldner eine ihm zugehörige Sache gänzlich vernichtet, oder ſie auf einen andern überträgt; eine Verbindlichkeit, womit ihm jemand verhaftet war, demſelben erläſst; ein Recht, welches ihm zuſtändig war, extinguirt; jemanden ein Dienſtbarkeits- oder Pfandrecht an ſeinem Vermögen beſtellt; und dergl. m. Uebrigens kommt hierbey nichts darauf an, ob ſich der Schuldner bey einer ſolchen Verringerung ſeines Vermögens *active* oder *paſſive* verhält, z. B. ob er etwas von ſeinem Vermögen geradezu auf jemanden überträgt, oder in der Abſicht derelinquirt, damit es von jemanden occupirt werden ſoll. [t]) So gehört auch zu dem letztern der Fall, wenn der Schuldner es geſchehen läſst, daſs Jemand eine ihm zugehörige Sache durch die Verjährung erwirbt, oder ſich dadurch von einer ihm obliegenden Leiſtung befreyet, da er doch ſolches hätte verhindern können. [u]) Was die Nichterwerbung betrifft, ſo läſst ſich dieſe in Hinſicht auf den Schuldner ſo oft anneh-

r) Arg. *L.* 6 *pr. D. quae in fraud. credit. L.* 1, §. 6 *D. ſi quid in fraud. patron. L.* 134 *pr. D. de reg. iur.*

s) *L.* 28 *D. de verb. ſignific.*

t) *L.* 5 *D. quae in fraud. creditor.*

u) *L.* 28 *D. de verb. ſignific.*

men, als derselbe etwas zu erwerben unterläſst, was ihm entweder noch gar nicht, oder doch wenigstens noch nicht vollkommen erworben war. Diese Bestimmung bedarf einer nähern Zergliederung, wenn man in den Geist der Römischen hierher gehörigen Verordnungen, mit welchen wir uns hernach beschäftigen werden, genau eindringen will.

Ich rechne zu der Nichterwerbung auf Seiten des Schuldners: 1. wenn derselbe etwas zu erwerben unterläſst, was ihm noch gar nicht erworben war. Diese Gattung der Nichterwerbung kann man auch füglich Nichterwerbung im eigentlichen Verstande dieses Worts nennen, ob sie gleich von jener, wovon ich hernach handeln werde, wenigstens hier, der Wirkung nach, nicht unterschieden ist. Hierher gehört, wenn der Schuldner etwas zu erwerben unterläſst, was ihm deferirt wird, oder auch, was ihm nicht einmahl deferirt wird, was er aber doch hätte erwerben können. Ich rechne ferner 2. zu der Nichterwerbung, wenn der Schuldner etwas zu erwerben unterläſst, was ihm zwar schon erworben, aber doch noch nicht vollkommen erworben war. Hierher gehört, nach dem Römischen Rechte, wenn der Schuldner ein ihm *pure* oder unter einer schon existirenden Bedingung hinterlassenes Vermächtniſs ausschlägt, oder sich einer ihm *ipso iure* anheim gefallenen Erbschaft [v]) enthält. Es möchte ungereimt scheinen, diese Fälle zu der Nichterwerbung zu rechnen, weil so wohl eine unter der obigen Bestimmung legirte Sache, als eine *ipso iure* nach dem Römischen Rechte erworbene Erbschaft, sogleich mit dem Tode des Vermächtniſsgebers und Erblassers dem Eigenthume des respective Vermächtniſsnehmers und Erben einverleibt wird, [w]) zumahl da selbst *Ulpian*, in der *L.* 5, §. 8 *D. de reb. eor. qui sub tutela*, die von dem Pupillen geschehene Repudiation eines ihm legirten Grundstücks für eine Veräuſserung erklärt, und den Grund hinzu fügt: *quod iam res pupilli sit.* Allein so wenig der Grund des Römischen Rechts, daſs so wohl *pure* oder unter einer schon existirenden Bedingung hinterlassene Vermächtnisse, als *ipso iure* erworbene Erbschaften, sogleich mit dem Tode des Vermächtniſsgebers oder Erblassers dem Eigenthume des re-

v) §. 3 *I. de heredit. quae ab intestat. L.* 14 *D. de suis et legitim. hered.*

w) *L.* 44, §. 1 *D. de legat.* 1. *L.* 77, §. 3 *D. de legat.* 2. *L.* 14 *D. de suis et legitim. heredib.*

ſpective Vermächtniſsnehmers und Erben als einverleibt angeſehen werden ſollen, als jene Beſtimmung *Ulpians* kann uns irre machen, und beſtimmen, dieſe Fälle nicht zu der Nichterwerbung, ſondern vielmehr zu der Vermögensverringerung zu rechnen. Denn Ein Mahl hat der Lehrſatz des Rechtsgelehrten *Ulpian* in dem angeführten Geſetze, wie *Lauterbach* [x]) richtig bemerkt, bloſs die Gunſt des Pupillen zum Gegenſtande, damit von demſelben, während ſeines unmündigen Zuſtandes, alle Läſionen ſo viel als möglich entfernt werden möchten, zu welchem Ende man denn allerley Diſtinctionen hervor ſuchte, woran man, wenn der Fall einen Groſsjährigen betroffen hätte, gewiſs nie gedacht haben würde; und dann zweytens unterſcheidet eben dieſer Rechtslehrer an einem andern Orte [y]) offenbar zwiſchen vollkommenen und unvollkommenen Erwerbungen, (*Adquiſitiones perfectae et ſimpliciter tales* und *imperfectae* ſ. *ſecundum quid tales*,) und rechnet zu den letztern Vermächtniſſe, mit welchen *ipſo iure* erworbene Erbſchaften nach Römiſchen Rechts-Principien in einem gleichen Verhältniſſe ſtehen, wie ſich aus dem Nachfolgenden ergeben wird. Und dieſen Grundſätzen bleibt auch *Ulpian* in der L. 6, §. 4 *D. quae in fraud. creditor.* treu, wo er den Gläubigern auf den Fall, wenn der Schuldner ein Vermächtniſs ausgeſchlagen hat, die Paulianiſche Klage abſpricht. Warum? — Weil er ſolches zu der Nichterwerbung des Schuldners, nicht aber zu der Vermögensverringerung deſſelben rechnet, und Nichterwerbungen des Schuldners, wie wir hernach ſehen werden, von den Gläubigern in der Regel nicht umgeſtoſsen werden können.

Aber wann iſt denn nun nach Römiſchen Rechtsgrundſätzen eine nicht vollkommene Erwerbung vorhanden? — So oft, als jemanden zwar etwas nach unmittelbarer Verordnung der Geſetze erworben wird, allein die Geſetze ihm die Befugniſs zugeſtehen, dieſe Erwerbung zu miſsbilligen. Der Grund, warum, nach den Lehrſätzen der Römiſchen Juriſten, die ſich die Geſetzgeber ſo häufig zu eigen machten, wenn jemand eine Erwerbung dieſer Art miſsbilligte, ſolche Handlung nicht der Vermögensverringerung, ſondern der Nichterwerbung beygezählt wurde, iſt

x) *Colleg. theoret.-practic.*, Tit. *quae in fraud. creditor.*, §. 8.

y) In der L. 1, §. 6 *D. ſi quid. in fraud. patron.*

unstreitig kein anderer als dieser, weil sie dergleichen unmittelbare Erwerbungen als solche betrachteten, wobey die stillschweigende Bedingung zum Grunde liege, wenn sich der Acquirent damit zufrieden bezeigen werde. Missbilligte er sie nun, so wurde es so angesehen, als wenn die *ipso iure* geschehene Erwerbung nicht geschehen war. Erst dann, wenn sich der Acquirent durch Worte oder Handlungen über diese Acquisition zufrieden erklärte, wurde nun die unvollkommene Erwerbung in eine vollkommene verwandelt und umgeschaffen. So lange aber dies noch nicht geschehen war, rechneten die Römischen Rechtsgelehrten die Verstossung einer solchen Acquisition zu der Nichterwerbung.

So wohl ein Vermächtniss, als eine *ipso iure* erworbene Erbschaft, gehört zu den unvollkommenen Erwerbungen. Wegen des Vermächtnisses entscheiden die Gesetze deutlich, und wegen der *ipso iure* erworbenen Erbschaft muss die Analogie des Rechts die Auskunft geben. Und nach dieser ist, wegen der Gleichheit des Grundes, auch selbige zu den unvollkommenen Erwerbungen zu rechnen. [z])

Sonst kommt bey der Nichterwerbung nichts darauf an, auf welche Art und Weise hier von dem Schuldner gehandelt wird, ob er solche directe [a]) oder indirecte bewerkstelligt hat. [b])

z) Die grösste Bedenklichkeit, die sich gegen die Richtigkeit dieses Satzes machen liesse, würde ohne Zweifel diese seyn: dass selbst in dem Römischen Rechte, wo die Erwerbung einer Erbschaft *ipso iure* nur in Ansehung der unter väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder Statt findet, von den Kindern gesagt wird: *eos magis heredes patris existere, quam fieri*, mithin wohl sehr zu vermuthen sey, dass die Römer die Erwerbung einer Erbschaft, welche *ipso iure* geschieht, zu den vollkommenen Erwerbungen gerechnet hätten. Allein Ein Mahl ist diese Acquisition von der eines Vermächtnisses, so viel den Uebergang in das Eigenthum betrifft, im mindesten nicht verschieden, und dann zweytens hat der Prätor den Kindern das *Beneficium abstinendi* verliehen, welches bewirkt, dass, so lange sie sich noch nicht über die Acquisition der Erbschaft erklärt und solche genehmigt haben, diese Erwerbung noch immerhin als eine unvollkommene Acquisition angesehen werden muss.

a) Z. B. wenn jemand die ihm deferirte Erbschaft oder Schenkung ausschlägt, auf ein zukünftiges Emolument Verzicht leistet, u. s. f. So gehört auch dahin nach Römischem Rechte, wenn der Vater seinem Sohne, der sich in der väterlichen Gewalt befand, verbot, eine Erbschaft, die ihm deferirt war, anzunehmen.

b) Z. B. wenn jemand die Existenz einer Bedingung behindert, unter welcher ihm gewisse Vortheile waren bewilligt worden. So gehörte auch bey den Römern hierher

Kommen wir nach diesen Prämissen auf die Untersuchung der Frage: Was ist Rechtens, wenn der Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger, in Hinsicht auf sein Vermögen, disponirt hat? so möchte es scheinen, als wenn der so sorgfältig gemachte Unterschied zwischen Vermögensverringerung und Nichterwerbung völlig unbedeutend sey, indem auf beyderley Art die Gläubiger gleich stark verletzt werden. Allein dies ist keinesweges der Fall. Schon der Natur der Sache nach ist zwischen beyden Gattungen solcher Dispositionen ein grosser Unterschied vorhanden. Die Vermögensverringerung betrifft immer eine Sache, welche jemand schon vollkommen erworben hatte und welche als ein Theil seines Vermögens betrachtet werden konnte; die Nichterwerbung hingegen etwas, was jemand noch nicht vollkommen erworben hatte und daher nach dem positiven Rechte noch nicht zu seinem Vermögen gezählt werden konnte. Jene involvirt beständig eine Handlung des Schuldners, wodurch derselbe bewirkt, dass etwas, was sein war, solches zu seyn aufhört; diese eine Handlung, wodurch er nur behindert, dass etwas das Seinige werden kann. — Und diesen schon in der Natur der Sache gegründeten Unterschied zwischen Vermögensverringerung und Nichterwerbung haben die Römischen Gesetzgeber und Rechtsgelehrten nicht nur in unzähligen andern Fällen berücksichtigt, c) sondern auch hier beym

der Fall, wenn jemand seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt, oder seinen Sclaven aus der Sclaverey entliess, wenn diese eben im Begriffe waren, etwas zu erwerben.

c) *L.* 6 *pr. D. quae in fraud. creditor. L.* 1, §. 6 *D. si quid in fraud. patron. L.* 134 *pr. D. de reg. iur. L.* 28 *D. de v. s. L.* 1, §. 23 *D. de collat. bonor.* In der *L.* 5, §. 5 *D. de iure dot.* kommt die Frage vor, ob eine von dem Vater in der Absicht ausgeschlagene Erbschaft oder ein Vermächtniss, damit solche dem Schwiegersohne als Brautschatz anheim fallen möge, zu dem adventizischen oder profectizischen Brautschatze gerechnet werden müsse, und *Ulpian* behauptet mit dem *Julian*, es sey solches ein adventizischer Brautschatz, und fügt den Grund hinzu: *quia nihil de suo erogavit pater, sed non adquisivit.* Ein anderes merkwürdiges Beyspiel, wie sehr die Römischen Juristen zwischen Vermögensverringerung und Nichterwerbung unterschieden, liefert *L.* 5, §. 13 *de donat. inter v. et u.* Es ist bekannt, dass nach dem ältern Römischen Rechte alle Schenkungen unter Ehegatten verboten, und wenn sie geschehen, *ipso iure* null und nichtig waren. Nun wird in dem angeführten Gesetze die Frage aufgeworfen, ob auch der Fall für eine Schenkung unter den Ehegatten zu halten sey, wenn ein Ehemann eine ihm deferirte Erbschaft zu dem Ende ausschlägt, damit selbige seiner Ehegattinn, die

Schuldenweſen, bey Entſcheidung der oben berührten Frage, zum Grunde gelegt. [d]) Will man daher die Frage: Was iſt Rechtens, wenn der Schuldner zum Nachtheile ſeiner Gläubiger über ſein Vermögen disponirt hat? gründlich beantworten, ſo muſs auf dieſen Unterſchied durchaus Rückſicht genommen werden. Ich werde daher zuerſt von dem Falle handeln, wenn die Dispoſition des Schuldners eine Vermögensverringerung war, und hernach zu erörtern ſuchen, was Rechtens iſt, wenn ſie in einer Nichterwerbung beſtand.

Beſtand A. die Dispoſition des Schuldners, welche er in Hinſicht auf ſein Vermögen vorgenommen hat, und welche zum Nachtheile ſeiner Gläubiger, entweder aller oder einiger, gereicht, in einer wirklichen Verringerung deſſelben, ſo unterſcheiden die Römer bey Beſtimmung der Frage, was dabey Rechtens iſt, ob ſolche nach geſchehener *Immiſſio*, oder *Ceſſio bonorum*, oder vorher geſchehen war. Im erſtern Falle war ſie *ipſo iure* null und nichtig, und konnte dasjenige, was etwa dabey von dem Schuldner auf einen andern war übertragen worden, von den Gläubigern vindicirt werden. [e]) Es machte keinen

mit ihm entweder zugleich als Miterbinn eingeſetzt, oder ihm ſubſtituirt, oder nächſte Inteſtat-Erbinn des Verſtorbenen war, anheim fallen möchte; und *Ulpian* läugnet ſolches geradezu, weil der Grund des Geſetzes, warum ſolche Schenkungen unter Ehegatten verboten ſind, hier wegfalle. *Neque enim*, (ſagt er,) *pauperior fit, qui non adquiſivit, ſed qui de patrimonio ſuo depoſuit.* Und dergleichen geſetzlicher Entſcheidungen iſt noch eine groſse Menge vorhanden, wobey der Unterſchied zwiſchen Vermögensverringerung und Nichterwerbung, theils ausdrücklich, theils ſtillſchweigend, zum Grunde liegt.

d) Der ganze Titel der Pandecten: *quae in fraudem creditor.*, ingleichen der Titel: *ſi quid in fraud. patr.*, liefern davon den Beweis, wie die folgende Ausführung mit mehrerm ergeben wird.

e) *Salgado de Samoza* in *labyrintho creditor. concurrent.*, P. 1, C. 14, No. 1 ſeq. Wie nun aber, wenn derjenige, auf welchen der Schuldner nach eingetretenem Schuldenweſen etwas aus ſeinem Vermögen übergetragen hatte, ſolches nicht mehr beſitzt, ſondern wiederum auf einen andern transferirt hat? Hier ſind folgende Fälle zu unterſcheiden: 1. Wuſste derjenige, welcher etwas von dem Schuldner erhielt, daſs es mit demſelben bereits zur *Immiſſio* und *Ceſſio* gekommen war, ſo iſt er als *malae fidei poſſeſſor* zu betrachten, mithin können die Gläubiger ſich gegen ihn der *utilis rei vindicatio*, um den Werth der Sache zu erſetzen, bedienen. Arg. *L.* 27, §. 3 *D. de rei vindicat.* 2. War dies nicht der Fall, ſo konnten ihn die Gläubiger nicht antaſten, es wäre denn, daſs er dadurch bereichert worden

Unterſchied, ob dieſe Uebertragung auf einen Fremden, oder ſelbſt auf einen Gläubiger geſchehen war, und im letztern Falle, ob ſie die Zahlung zum Zwecke hatte oder nicht; denn auch nach geſchehener *Immiſſio* und *Ceſſio* kann der Schuldner keinem ſeiner Gläubiger, wegen des durch das Schuldenweſen hervor gebrachten Verhältniſſes und der Vorſchrift der *L.* 6, §. 7 *D. quae in fraud. credit.*, mehr Zahlung leiſten. Zwar verliert, wie ich oben gezeigt habe, der Schuldner durch den Eintritt des Schuldenweſens an und für ſich ſelbſt betrachtet ſo wenig das Eigenthum, als die Dispoſition über ſein Vermögen, allein er darf nunmehr nichts mehr an demſelben unternehmen, was ſeinen Gläubigern zum Nachtheile gereichen könnte, und daher müſſen alle ſeine Handlungen, in ſo fern den Gläubigern daraus ein Nachtheil erwächſt, wegen des wohlerworbenen Rechts derſelben an dem ſchuldneriſchen Vermögen, als ungültig angenommen werden. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, f) welche behaupten, daſs auch ſolche Vermögensverringerungen, welche der Schuldner nach entſtandenem Schuldenweſen unternommen, zu Recht beſtändig wären, und entweder mit der hypothekariſchen, oder mit der Paulianiſchen, oder mit einer ſo genannten reſciſſoriſchen Klage, wie wir weiter unten ſehen werden, angefochten werden müſsten: allein 1. iſt dieſes den Lehrſätzen von den Wirkungen der *Immiſſio* und *Ceſſio bonorum* offenbar entgegen, nach welchen der Schuldner ſogleich mit denſelben der Dispoſition über ſein Vermögen in ſo fern beraubt wird, als dadurch für ſeine Gläubiger ein Nachtheil entſteht; g) dann 2. beweiſen die Ge-

wäre, in welchem Falle er ſolches zu erſetzen angehalten werden muſste, jedoch blieb ihnen die Reivindication gegen denjenigen verſtattet, auf welchen die Sache war übergetragen worden, wenn ſie deſſelben etwa habhaft werden konnten, weil ſolche überhaupt ihnen gegen jeden Beſitzer geſtattet iſt. 3. Hatte ein Gläubiger Zahlung von dem Schuldner *bona fide* empfangen, und nicht gewuſst, daſs ein Schuldenweſen bereits verhängt war, ſo konnte gegen ihn *Condictio ſine cauſſa* von den übrigen Gläubigern angeſtellt werden, wenn er das Gegebene conſumirt hatte, um ſo viel, als er empfangen hat, zur Maſſe zurück zu liefern; denn durch dieſe Klage kann alles zurück gefordert werden, was mit dem Nachtheile des Klägers *ſine iuſta cauſſa* auf den Beklagten iſt übergetragen worden. *L.* 1, §. 3 *D. de condict. ſine cauſſ.* Oeltze D. *de creditore ſibi vigilante*, §. 20.

f) *Arnold Vinnius* ad §. 6 *I. de action.*, No. 3.

g) Vergleiche den §. 29 und 37. Noch einen andern Grund führt *Oeltze* in der D. *de creditore ſibi vigilante*, §. 5, für dieſen Lehrſatz an, nämlich, daſs das ganze Vermögen des Schuldners durch das Schulden-

ſetze, [h]) worauf man ſich bey dieſer Behauptung begründet, im mindeſten ſolches nicht, ſondern die darin enthaltenen Verordnungen müſſen vielmehr, wie ich weiter unten darthun werde, auf ſolche Verfügungen des Schuldners, welche derſelbe vor der *Ceſſio* oder *Immiſſio* unternommen hat, analogiſch angewendet werden. [i])

Ganz anders verhält ſich zweytens die Sache, wenn der Schuldner eine ſolche Verringerung ſeines Vermögens vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* unternommen hat.

Hier unterſcheiden die Römiſchen Geſetze, ob bloſs die übrigen Gläubiger dadurch Schaden erlitten haben, oder ob ſolche auch den Fiscus betroffen hat.

Haben 1. die übrigen Gläubiger durch ſolche Dispoſition des Schuldners in Hinſicht auf ſein Vermögen, welche in einer Verringerung deſſelben beſteht, eine Läſion erlitten, ſo iſt bey Beſtimmung der Frage, was dabey Rechtens ſey, zu unterſcheiden, ob der Schuldner eine ſolche Dispoſition *bona fide* unternahm, oder ob er die bösliche Abſicht hatte, dadurch die Gläubiger zu hintergehen und um ihre Befriedigung zu bringen, oder doch wenigſtens ſolche zu ſchmälern. [k])

Wenn der Schuldner erſtens eine Verringerung *bona fide*, welches im Zweifel immer vermuthet werden muſs, unternommen hat, ſo können die Gläu-

weſen zu einer *Res litigioſa* werde, womit, nach der *L. 2 C. de litigioſ.*, keine Veränderung vorgenommen werden dürfte.

h) Z. B. §. 6 *I. de action.*; *L.* 6, §. 7.; *L.* 9; *L.* 10, §. 16 *D. quae in fraud. credit.*

i) Ich nehme hier dieſelben Grundſätze an, welche *von Almendingen* in der Abhandlung: *über den Unterſchied zwiſchen materiellem und formellem Concurs*, gegen mich gebraucht hat. In wie fern man aber ſolche heutiges Tages gebrauchen kann, werde ich weiter unten zeigen. Ich bemerke, daſs ich hier bloſs das Römiſche Recht abhandle.

k) Die *Deminutio patrimonii in fraudem creditorum* auf Seiten des Schuldners erhält ſo verſchiedene Benennungen, ſo wohl in den Geſetzen als von den Rechtslehrern, als die Handlung ſelbſt verſchieden ſeyn kann, wodurch ſie hervor gebracht wird. Veräuſsert z. B. der Schuldner etwas in der böslichen Abſicht, die Gläubiger dadurch zu verletzen, ſo heiſst ſolches *Alienatio in fraudem creditorum.* Verleiht er einem ſeiner Gläubiger ein Pfandrecht in der Abſicht, damit dieſer den andern Gläubigern beym Concurſe vorgezogen werden ſoll, ſo nennt man ſolches *Ius prioritatis in fraudem creditorum conceſſum*; u. ſ. f.

biger solche nicht anfechten und umstossen, sondern es bleibt diese Verfügung des Schuldners bey Kräften, wenn auch die Gläubiger dadurch einen noch so grossen Nachtheil empfinden sollten. Denn eines Theils hat der Schuldner vor der *Cessio* oder *Immissio* noch immer eine freye Disposition über sein Vermögen, handelt folglich auf eine ihm gesetzlich erlaubte Art und Weise: andern Theils läfst sich hier kein hinlänglicher Grund denken, vermöge dessen man den Gläubigern das Recht zusprechen wollte, dergleichen Verfügungen zu impugniren; denn dies, dafs vielleicht schon damahls, als diese Verfügungen von dem Schuldner unternommen wurden, sein Vermögen unzureichend war, um alle seine Gläubiger zu befriedigen, kann keinen Grund abgeben, den Gläubigern die Vernichtung derselben zu gestatten, indem ja die Schulden, als Schulden betrachtet, eigentlich nur die Person des Schuldners und nicht sein Vermögen afficiren, sondern dieses nur erst *in subsidium* verbindlich wird. Was die hypothekarischen Gläubiger betrifft, so sind diese zwar auf den Fall geborgen, wenn die von dem Schuldner etwa veräufserte Sache ihrem Pfandrechte unterworfen war, indem sie gegen jeden Besitzer derselben mit der aus dem Pfandrechte entspringenden Quasi - Servianischen oder hypothekarischen Klage auf die Abtretung derselben dringen, und solche zurück fordern können, ohne sich darum zu bekümmern, ob der zeitige Besitzer solche *titulo oneroso* oder *lucrativo* erworben hatte. [1]) Hingegen was die chirographarischen Gläubiger anlangt, so müssen diese durchaus durch solche schuldnerische Dispositionen Nachtheil empfinden, indem ihnen das dingliche Recht fehlt, und auch kein anderer rechtlicher Grund vorhanden ist, ihnen die Vernichtung solcher Dispositionen des Schuldners zu verstatten.

Hat hingegen zweytens der Schuldner die Verringerung seines Vermögens *male fide* oder in der böslichen Absicht, dadurch die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken, unternommen; so mufs die Frage, was in Ansehung solcher Handlung des Schuldners Rechtens sey, anders beantwortet werden, wenn man auf das ältere und strenge Römische Recht, und anders, wenn man auf das prätorische Recht Rücksicht nimmt. Ich will diese Frage zuerst nach dem alten strengen Römischen Rechte beantworten.

1) §. 7 *I. de actionib. Westphals Pfandrecht*, §. 272.

Nach dem α. alten strengen Römischen Rechte, (man vergleiche das 4te Kapitel,) blieb eine solche von dem Schuldner unternommene Verringerung seines Vermögens bey Kräften, und konnte nicht von den Gläubigern angefochten und umgestoſsen werden, wenn auch gleich diese den Schuldner noch so sehr zu überführen vermögend gewesen wären, daſs er solche in der böslichen Absicht, sie zu hintergehen, unternommen hatte, indem man lediglich darauf Rücksicht nahm, ob der Schuldner noch über sein Vermögen zu disponiren berechtigt gewesen war, nicht, in welcher Absicht er darüber disponirt hatte. Nun steht aber, wie ich bereits erwähnt habe, dem Schuldner vor geschehener *Missio* oder *Cessio* die freyeste Disposition über sein Vermögen zu: mithin, da, nach dem alten strengen Römischen Rechte, nicht auf die Absicht, welche er bey dieser Disposition hatte, Rücksicht genommen wurde, sondern nur darauf, ob er über sein Vermögen zu disponiren befugt gewesen war, war kein gesetzlicher Grund vorhanden, vermöge dessen sie von den Gläubigern hätte umgestoſsen werden können. Zwar empfanden die hypothekarischen Gläubiger des Schuldners alsdann dadurch keinen Nachtheil, wenn diese seine Verfügung eine ihrem Pfandrechte unterworfene Sache betraf, indem ihnen auch hier die aus dem Pfandrechte entspringende Klage zu Statten kam; allein für die chirographarischen, und auch diejenigen hypothekarischen Gläubiger, deren Pfandrecht sich nicht darüber erstreckte, war alles verloren, und hatten diese keine rechtlichen Mittel in Händen, sich gegen solche ihnen von dem Schuldner zugefügte Läsionen zu schützen. [m])

Nach dem β. prätorischen Rechte ist diese Strenge des alten Römischen Rechts dadurch gemildert worden, daſs der Prätor den chirographarischen Gläubigern, um selbige gegen den Nachtheil, welchen sie nach dem strengen Rechte durch solche betrügerische Vermögensverringerungen des Schuldners empfinden muſsten, zu sichern, in gewissen Fällen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und vermittelst desselben eine Klage zur Vernichtung derselben verliehen hat, welche die Paulianische Klage genannt wird. [n]) Liegt gleich bey Einführung dieses prätorischen Rechtsmittels nur ei-

m) *Gustav Bernhard Becmann* D. *de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente.* Götting. 1774, §. 4 und 5.

n) *L.* 1 *pr. D. quae in fraud. creditor.*

gentlich die Begünstigung der chirographarischen Gläubiger zum Grunde, so sind doch von dessen Gebrauche, nach der richtigern Meinung, o) auch die hypothekarischen Gläubiger nicht ausgeschlossen, wenn sie sich auch gleich in mancher Rücksicht, vermittelst der hypothekarischen Klage, gegen dergleichen von dem Schuldner, durch eine boshafte Verringerung seines Vermögens, ihnen zugefügte Läsionen schützen können. Denn Ein Mahl erlaubt der Prätor in seinem Edicte den Gebrauch dieses Rechtsmittels den Gläubigern ganz allgemein, ohne solches besonders auf die chirographarischen Gläubiger einzuschränken; p) und dann zweytens ist dieses Rechtsmittel den hypothekarischen Gläubigern nicht nur in mancher Rücksicht weit nützlicher als die hypothekarische Klage, q) sondern sie sind auch bisweilen desselben wirklich bedürftig, weil sie sich der hypothekarischen Klage nicht mit Nachdruck bedienen können. r)

o) *Becmann*, *l. c.*, § 5.

p) In dem Edicte des Prätors, *L. 1 pr. D. quae in fraud. creditor.*, wird die Anstellung dieses Rechtsmittels dem *Curator bonorum* verstattet, welcher nicht bloss im Nahmen der chirographarischen, sondern vielmehr aller und jeder Gläubiger des Schuldners handeln, und deren Gerechtsamen wahrnehmen musste. Dazu kommt, dass *Ulpian* in seiner Erklärung dieses prätorischen Edicts, §. 1, den Gebrauch dieses Rechtsmittels allen Gläubigern ohne Unterschied, sie mögen chirographarische oder hypothekarische seyn, verstattet, wenn er sagt: *Necessario Praetor hoc Edictum proposuit: quo edicto consulit creditoribus revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt.* Vergleiche *Anton Perez* ad Cod. tit. *de his, quae in fraud. creditor. alienata sunt.* *Herrmann Vulteius* ad §. 6 *I. de actionib.*, No 49.

q) Freylich ist nicht zu läugnen, dass die hypothekarische Klage im Ganzen weit vortheilhafter ist, als die Paulianische Klage, indem dadurch die Sache, welche der Schuldner aus seinem Vermögen entfernt hat, von jedem Besitzer abgefordert werden kann, dies aber bey der Paulianischen Klage nicht der Fall ist. Allein dagegen erfordert auch die hypothekarische Klage hinwiederum einen sehr strengen Beweis; denn es ist bekannt, dass, wenn dem Gläubiger, der eine ihm verpfändete Sache mit der hypothekarischen Klage verfolgt, entgegen gesetzt wird, dass dem Schuldner an der verpfändeten Sache nicht das Eigenthum zuständig sey, er das Eigenthum des Verpfänders beweisen müsse, welches alles, wie wir hernach sehen werden, bey der Paulianischen Klage wegfällt.

r) Dies ist alsdann der Fall, wenn der Schuldner durch eine betrügerische Handlung bewirkt hat, dass den Gläubigern die ihnen sonst zuständige hypothekarische Klage nicht Nutzen schaffen kann, wovon mancherley Fälle denkbar sind; z. B.: wenn hypothekarische Gläubiger, welchen der Schuldner eine frühere Privat-Hypothek zugestanden hatte, gegen die Besitzer der verpfändeten Sache klagen wollten, welchen der Schuldner in der Absicht, um sie zu betrügen, an derselben ein zwar

Ausserdem hat der Prätor den Gläubigern noch ein anderes, vorzüglich auf die Wiedererlangung des Besitzes der von dem Schuldner, in der böslichen Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, veräusserten Sache abzweckendes, Rechtsmittel, an dem so genannten fraudatorischen Interdicte, (*Interdictum fraudatorium,*) gestattet, s) von welchem Rechtsmittel aber, wie wir unten sehen werden, die Gesetze uns wenig Kenntniss geben, und welches daher grössten Theils aus der Analogie anderer prätorischen Interdicte seine Bestimmung erhalten muss. t)

jüngeres, aber öffentliches Pfandrecht verliehen hatte, *L.* 2, *L.* 22 *in fin. D. quae in fraud. creditor.*; so auch, wenn die Gläubiger, welchen der Schuldner ausstehende Forderungen verpfändet hatte, gegen diese Schuldner des Schuldners klagen wollten, welchen der Schuldner bereits in der Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, ihre Verbindlichkeit erlassen hatte. *L.* 1, §. 2 *D. eod.*

s) Dass das *Interdictum fraudatorium* sehr von der Paulianischen Klage verschieden sey, werde ich in der Folge gegen diejenigen Rechtslehrer darzuthun bemüht seyn, welche beyde mit einander verwechseln und für Ein und eben dasselbe Rechtsmittel halten.

t) *Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 14. Angesehene Rechtslehrer nehmen ausser diesen beyden Rechtsmitteln noch mehrere an, welche von den Gesetzen den Gläubigern verliehen worden, um solche zu ihrem Nachtheile von dem Schuldner böslicher Weise unternommene Verringerungen seines Vermögens umzustossen. Siehe *Carl Friedrich Walch* in *Not. ad Ioach. Hoppii Comment. succinct. ad Instit. Iustinian.*, *Tit. de actionib.*, p. 876, ibiq. alleg. Allein erwägt man die Sache genau, so reden die Gesetze, worauf man sich beruft, theils von der Paulianischen Klage, theils vom fraudatorischen Interdicte. Die *L.* 1 *C. de revoc. iis quae in fraud. creditorum*, ein Rescript des Kaisers *Antonin*, aus welcher man wenigstens darzuthun glaubt, dass mehrere, wenn gleich jetzt uns unbekannte, auf die Vernichtung solcher schuldnerischen Verfügungen abzweckende Klagen vorhanden gewesen sind, beweis't im mindesten nicht für die Sache. *Heres*, (heisst es daselbst,) *qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit, bonis eius excussis, usitatis actionibus, (si tibi negotium gestum fuerit,) ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.* Die Worte: *usitatis actionibus*, deuten hier zwar mehrere Klagen an, welche den Gläubigern zur Vernichtung der von dem Schuldner böslicher Weise zur Verringerung seines Vermögens unternommenen Dispositionen zuständig sind: allein es lässt sich daraus noch nicht die Existenz dieser mehrern Rechtsmittel wirklich beweisen; denn 1. giebt es viele Gesetze in dem Römischen Rechte, worin das Wort: *Actio*, im Plural vorkommt, und doch, wenn man die Sache genau erwägt, nur Eine Klage angenommen werden kann; dann 2. ist auch das Gesetz hinlänglich gerechtfertigt, wenn man unter den Worten: *usitatis actionibus*, die Paulianische Klage, die, so wie wir

Von den beyden ſo eben erwähnten, den Gläubigern verſtatteten Rechtsmitteln, um ſich gegen betrügliche Vermögensverringerungen, welche der Schuldner vor entſtandenem Schuldenweſen unternommen hat, zu ſichern, iſt die Paulianiſche Klage das vorzüglichſte, daher ich von derſelben zuerſt handeln will. Dieſes Rechtsmittel iſt von dem Prätor *Paullus* durch ein Edict eingeführt, daher es auch die Paulianiſche Klage, (*Actio Pauliana,*) genannt wird. u) Dies bezeugt ausdrücklich *Ulpian* in der *L.* 1, §. 1 *D. quae in fraud. creditor.* in den Worten: — *Ait Praetor*, — und: *neceſſario Praetor hoc Edictum propoſuit,* — — und verdient daher *Joachim Mynſinger* v) keinen Glauben, welcher dieſe Klage der Erfindung eines Rechtsgelehrten, Nahmens *Paulus*, zuſchreibt. Was das Alter dieſes prätoriſchen Edicts, wodurch die Paulianiſche Klage ihre Exiſtenz erhalten hat, betrifft, ſo läſst ſich davon nichts gewiſſes angeben, indem alle ältere Scribenten davon gänzlich ſchweigen. w) Die meiſten

hernach ſehen werden, von zwiefacher Art iſt, und das fraudatoriſche Interdict verſteht.

u) Der Nahme dieſer Klage kommt nur in einem einzigen Geſetze im ganzen Römiſchen Geſetzbuche, nämlich in der *L.* 38, §. 4 *D. de uſuris* vor, wie unter andern *A. Struv* in der *D. de Paulliana act.*, §. 1, ſehr gründlich gezeigt hat. *Benedict Carpzov*, in der *D. de revocandis, quae in fraud. creditor. alienata ſunt*, C. 1, §. 2, will dieſe Klage *Actio Paullina* genannt wiſſen, weil die Benennung: *Actio Pauliana*, keine richtige Ableitung von dem Nahmen ihres Erfinders ſey: allein eines Theils kommt dieſe Klage unter dem Nahmen: *Actio Pauliana*, nicht nur ebenfalls in der Florentiniſchen Ausgabe der Pandecten, ſondern auch in den *Baſilicis*, *L.* 36 *de noxal. act.*, und beym *Theophilus* in *Paraphraſi Inſtitut.* ad §. 6 *I. de action.* vor; andern Theils findet man ja mehrere Klagen in dem Römiſchen Rechte, die nicht richtig von dem Nahmen ihrer Urheber abgeleitet ſind! Sehr richtig urtheilt über dieſen Streit *Herrmann Vultejus* in ſ. *Commentar. ad Inſtitut. Iuſtinian.*, ad §. 6 *I. de action.*, No. 3, wenn er ſagt: *Et certe veteres Iureconſultos etiam de derivationibus Grammaticis non admodum ſollicitos Paulianam eam appellaſſe mihi veriſimile ſit ex eo, quod reliquae actiones a Praetore denominatae eandem haberent terminationem, puta Publiciana, Calviſiana, Serviana; nihil tamen intereſt, ſive hoc, ſive illo modo eam voces, modo de re ipſa, cuius tamen obſcuritas confuſas peperit disputationes, conſtet.* Sonſt wird dieſe Klage auch noch nach der Analogie der prätoriſchen Klagen überhaupt *Actio in factum* in den Geſetzen genannt. *L.* 14 *D. quae in fraud. creditor.*

v) Ad §. 6 *I. de action.*

w) Schon in der bekannten *Lex Aelia Sentia* ſuchte man den böslichen Unternehmungen der Schuldner dadurch Schranken zu ſetzen, daſs die *Manumiſſiones in fraudem creditorum* verboten wurden. Allein die Verordnung dieſes Geſetzes war viel zu ſpeciell, als daſs ſie die Gläubiger gänzlich

Rechtslehrer x) glauben, daſs es ſchon zu den Zeiten der freyen Republik gegeben worden, und zu *Cicero's* Zeiten gäng und gäbe geweſen ſey. Sie berufen ſich dabey auf eine Stelle des *Cicero*, wo der Paulianiſchen Klage, ihrer Meinung nach, ausdrücklich gedacht werde. Dieſe Stelle befindet ſich in den *Epiſtol. Ciceronis, L.* 1, *Epiſt.* 1 *ad Atticum*, und lautet folgender Geſtalt: *Caecilius, avunculus tuus, a Publ. Vario, cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepiſſe de Vario diceret: una agebant caeteri creditores, in quibus erat Luculus, et P. Scipio, et is, quem putabant magiſtrum fore, ſi bona venirent, L. Pontius.* Hingegen behauptet *Everhard Otto* y) nebſt andern Rechtslehrern, z) daſs die Paulianiſche Klage eine weit ſpätere Entſtehung habe, und jene Stelle des *Cicero* nur bloſs von einer *Actio de dolo* zu verſtehen ſey, welche der Prätor den Gläubigern in gewiſſen Fällen aus Billigkeit verliehen habe, um die von dem Schuldner böslicher Weiſe von ſeinem Vermögen veräuſserten Sachen zu revociren. Mir ſcheint die letztere Meinung die richtigere zu ſeyn, und zwar aus folgenden Gründen: Wenn auch gleich in dieſer Stelle des *Cicero* eines *Debitoris in fraudem creditorum alienantis*, und desjenigen, an welchen die Veräuſserung geſchehen iſt, als eines *dolo malo acquirentis* Erwähnung geſchieht, welche Criterien, wie ich weiter unten zeigen werde, auch der Paulianiſchen Klage eigen ſind; ſo ergiebt ſich doch aus allem, daſs der *Dolus malus* hier die Hauptſache war, worauf *Cicero* den Antrag auf Vernichtung der *in fraudem creditorum* geſchehenen Veräuſserung gründet. Wäre zu der Zeit die Paulianiſche Klage ſchon eingeführt geweſen, ſo würde *Cicero* ſie gewiſs erwähnt haben, da er hier die nächſte Veranlaſſung dazu hatte. — Man kann auch nicht einwenden, daſs unter ſolchen

hätte decken können, und daher muſste der Prätor natürlich darauf bedacht ſeyn, die Gläubiger beſſer zu unterſtützen, welches denn auch durch die Paulianiſche Klage geſchah.

x) *Cujacius* in *Recitat. ad Codic. tit. de revocand his, quae in fraud. creditor. alienant. Guſt. Bernh. Becmann de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente*, Gött. 1774, §. 5, Note b. *Conrad Sigismund Hänlein de actionis Paulianae natura requiſitis et uſu forenſi nova disquiſ.*, Onoldi 1785, §. 8, Not. 9.

y) In *Commentar. ad inſtitut.*, ad §. 6 *I. de action.*

z) *Gottl. Euſeb. Oeltze* D. *de creditore ſibi vigilante*, §. 10. *Ioh. Iuſt. Raabe* in D. *de dupl. act. Paulliana*, §. 2.

Umständen die Einführung der Paulianischen Klage unnöthig gewesen sey: denn die Paulianische Klage begreift, wie wir weiter unten sehen werden, mehr in sich, als die *Actio de dolo*, ihrer Natur nach, in sich begreifen kann; auch setzt sie, wenn sie gleich auf die *Fraus debitoris* gegründet ist, nicht einen so strengen Beweis des *Dolus* voraus, wie die *Actio doli*. Auch in Ansehung der Dauer ist sie von jener unterschieden, wenn sie gleich zu den Restitutionen *ex capite doli* gehört. Dazu kommt, dass die *Actio doli* ursprünglich bloss auf die Contracte eingeschränkt war, wenn bey diesen *Dolus* vorkam, in den übrigen Fällen aber, so wie die Restitution, auf welche sie sich gründet, besonders von dem Prätor verliehen werden musste. Ich setze hier den bekannten Unterschied zwischen *Contractus stricti iuris* und *bonae fidei* voraus; nehme an, dass die letztern schon von selbst wegen des dabey vorkommenden *Dolus* ungültig waren, die erstern aber nicht, sondern durch die Dazwischenkunft der *Restitutio ex capite doli* erst vernichtet werden mussten. — Auf diese Art lässt sich sehr gut die *Actio de dolo*, deren ich auch S. 104 Erwähnung gethan habe, denken, ohne dass man die Einführung der Paulianischen Klage für etwas unnöthiges dabey anzusehen braucht, besonders wenn man bedenkt, dass sie nur von dem Prätor hier gegen die Regel verliehen wurde.

Ich will mich nach diesen Prämissen jetzt ausführlich mit der Paulianischen Klage beschäftigen, da die Rechtslehrer über die wahre Beschaffenheit derselben so sehr in ihren Meinungen getheilt sind. Ich werde mich dabey zwar vorzüglich an die Gesetze halten, doch können auch die Behauptungen der Juristen nicht ohne Interesse für den Leser seyn. Zuerst will ich mich über das Geschlecht dieser Klage verbreiten.

Was das Geschlecht der Paulianischen Klage betrifft, so ist es unter den Rechtsgelehrten sehr streitig, ob die Paulianische Klage zu den dinglichen, oder nur bloss persönlichen Klagen gerechnet werden müsse. Perez, [a]) Schilter [b]) und Lauterbach [c]) zählen die Paulianische Klage zu den dinglichen ob sie gleich nicht in Abrede seyn können, dass sie in mancher Rücksicht sehr den Per-

a) In *Praelection. ad codic. tit. de revocand. his, quae in fraud. creditor.*, §. 2.

b) In *praxi iur. Romani*, Ex. 46, §. 57.

c) In *Collegio theoret.-pract.*, ad tit. *quae in fraud. creditor.*, §. 5; ingl. ad tit. *de obligat. et actionib.*, §. 39.

fonal-Klagen ähnlich fey; dagegen *Arnold Vinnius*, d) *Ulricus Huber*, e) *Walch*, f) *Conrad Sigismund Hänlein* g) u. a. m. fie nothwendig zu den perfönlichen Klagen gerechnet wiffen wollen. Andere Rechtslehrer haben diefe fo verfchiedenen Meinungen dadurch zu vereinbaren gefucht, dafs fie die Paulianifche Klage bald zu den perfönlichen, bald zu den dinglichen Klagen rechnen, ob fie gleich mit diefer Modification wiederum verfchiedene Begriffe verbinden. So hält *Gmelin* h) diefe Klage für perfönlich, wenn der Schuldner einem andern eine Verbindlichkeit nachgelaffen hat, dinglich hingegen, wenn er eine Sache von feinem Vermögen veräufsert hat; wogegen *Menken* i) fie für perfönlich hält, fo oft als der Schuldner ein perfönliches, dinglich, fo oft als er ein dingliches Recht veräufsert hat. Andere Rechtslehrer verbinden damit noch andere Begriffe. k)

Von allen weicht *Kneufel* l) ab, und behauptet, dafs die Paulianifche Klage fo wenig den perfönlichen als dinglichen Klagen beygezählt werden könne, weil fie fo wenig aus einem perfönlichen als dinglichen Rechte entfpringe, fondern, ohne alle Dazwifchenkunft irgend einer Verbindlichkeit, unmittelbar aus der Verordnung der Gefetze ihre Entftehung habe; — ein Einfall, der gar nicht zur Sache pafst und wenig Bekanntfchaft mit dem Grunde der Klageneintheilung in perfönliche und dingliche verräth.

Der eigentliche Grund des Streits über das Genus der Paulianifchen Klage liegt in dem §. 5 *I. de action.* Ich will die Worte diefes Gefetzes zuvörderft herfetzen, dann die verfchiedenen Meinungen der Rechtslehrer über den Sinn deffelben vortragen, und mein eignes Urtheil am Ende hinzu fügen. *Item*, (heifst

d) In *Commentar. ad Inftitut.*, ad §. 6. *I. de action.*

e) In *Praelectionib. iur. civilis*, T. I, ad §. 6 *I. de action.*

f) In *Not. ad Hoppii Comment. ad Inftitut. tit. de action.*, §. 6.

g) In D. *de actionis Paulianae natura, requifitis et ufu forenfi*, Onoldi 1785, §. 11.

h) *In der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 14.

i) In D. *de actione Pauliana*, §. 4; in feinen *Opusculis*, No. 10.

k) Vergleiche *Iuft. Henning Böhmer* in *doctrina de actionib.*, Sect. II, c. 2, §. 27; *Raabe de duplici actione Pauliana*, §. 3; *Oeltze de credit. fibi vigilante*, §. 11; *Dan. Nettelbladt Syft. element. iurisprudent. pofit. Germanor. commun. gener*, §. 817; *Samuel de Cocceji in iure controverf.* ad Tit. Digeft. *quae in fraud. credit.*, qu. e.

l) In D. *de act. Pauliana*, §. 3.

es daselbst,) *si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis, ex sententia praesidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.*

Die gemeine Meinung der Rechtslehrer m) ist, dass in diesem Texte der Institutionen von der Paulianischen Klage die Rede sey, indem 1. die hier von *Justinian* beschriebene Klage mit der Paulianischen Klage in den meisten Punkten überein komme, und 2. *Theophilus* selbst in seiner Griechischen Paraphrase über die Institutionen diesen Text von der Paulianischen Klage erkläre, welcher doch von dem wahren Sinne dieses Gesetzes die beste Nachricht habe haben können. Die Rechtslehrer, welche nun diesen Text der Institutionen von der Paulianischen Klage verstehen, nehmen grösten Theils daher ihre Gründe, um sie für eine dingliche Klage auszugeben, indem sie 1. selbst von dem Kaiser *Justinian* ihren Platz unter den dinglichen Klagen angewiesen erhalten habe. Denn nachdem *Justinian* zuvor die bürgerlichen Klagen kurz aufgeführt hatte, so geht er nunmehr in dem §. 3 zu den prätorischen Klagen über, und stellt solche folgender Gestalt vor: *Aliae autem sunt, quas Praetor ex sua iurisdictione comparatas habet, tam in rem, quam in personam.* Hierauf zählt er erstens die dinglichen prätorischen Klagen auf, und rechnet dahin die *Actio rescissoria usucapionis;* diese Klage, welche der Gegenstand des Streits ist; und die hypothekarische Klage. Darnach geht er zu den prätorischen Personal-Klagen in folgenden Worten über: *In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet Praetor,* u. s. f. Ferner 2. heisse es auch von dieser Klage: *illa rem peti,* welcher Ausdruck aber nach *L.* 178, §. 2 *D. de v. s.* und *L.* 25 *D. de obligat. et action.* blos von dinglichen Klagen gebraucht

m) Schneidewin in *Commentar. ad Institut.*, ad §. 6 *I. de action.* Udalric. Zasius in *Enarrationib. in tit. Instit. de actionib.*, ad §. 6 *I. de actionib.* Conrad Rittershus in *Commentar. ad Institut.*, ad §. 6 *I. de action.* Giphanius in *Comment. ad Instit.*, ad §. 6 *I. de Action.* Equin. Baro *Comment. ad Institut. tit. de action.*, §. 6. Fr. Balduin *Comm. ad Instit. tit. eund.*, §. 6. Nicas. de Voerda *Ennarrat. in Libr. Inst.*, p. 324. Georg Frantzkius *Exercit. iur.*, XV, qu. 4, et *Comment. ad Instit. tit. de action.*, §. 6, No. 5. u. a. m.

werde. *Anton Faber*, [n]) der ebenfalls in dem §. 6 *I. de act.* die Paulianische Klage zu finden glaubt, gleichwohl aber die Vorstellungsart in diesem Gesetze nicht mit den Criterien der Paulianischen Klage zu reimen weiss, schiebt alles auf die Verwirrung in dem Kopfe Tribonians, und bezüchtigt denselben eines doppelten hier begangenen Irrthums.

Von der so eben vorgetragenen gemeinen Meinung weichen andere Rechtslehrer gänzlich ab, und vertheidigen, dass in jenem Texte nicht von der Paulianischen, sondern von einer ganz andern, von der Paulianischen Klage durchaus verschiedenen Klage die Rede sey. Von diesen verdient zuerst *Hugo Donell* [o]) genannt zu werden, welcher glaubt, dass die im §. 6 *I. de action.* vom *Justinian* erwähnte Klage eine Art von Pfandklage sey, und sich die Sache so vorstellt: Wenn die Gläubiger von dem Prätor in die Güter oder gewisse Sachen eines Schuldners waren immittirt worden, so brachte solche Immission für sie ein prätorisches Pfandrecht zuwege. Verloren sie nun den Besitz, so war es streitig, ob sie zur Wiedererlangung desselben bey diesem prätorischen Pfandrechte sich eben der Klage zu erfreuen hatten, welche ihnen alsdann zustand, wenn sie den Besitz einer ihnen, vermöge eines conventionellen Pfandrechts, eingeräumten Sache verloren hatten. Diesen Streit entschied *Justinian* in der *L. 2 C. de praetor. pignor.*, einer seiner 50 Decisionen, die dem *Codex repetitae praelectionis* inserirt wurden, und verstattete auch den prätorischen Pfandgläubigern die Klage, welche aus dem conventionellen Pfandrechte entspringt. Aus dieser Justinianeischen Entscheidung schliesst *Hugo Donell*, dass schon ehedem eine das prätorische Pfandrecht besonders betreffende dingliche Klage vorhanden gewesen sey, und diese hält er für diejenige, deren *Justinian* in dem §. 6 *I. de act.* Erwähnung thut, und sie zu den dinglichen Klagen rechnet. Er glaubt nämlich, dass auch schon nach dem ältern Römischen Rechte den Gläubigern, welche in des Schuldners Vermögen waren immittirt worden und daran ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, wenn sie den Besitz verloren, zur Verfolgung ihres Pfandrechts eine dingliche Klage zugestanden worden, welche ihnen aber bloss in dem Falle zugekommen wäre, wenn sie ohne ihre

n) Lib XX *Coniecturar.*, Cap. 16. Cap 5.
o) In *Commentar. iuris civil.*, Lib. VI,

Schuld den Besitz der verpfändeten Sache verloren. Dieser Klage erwähne *Justinian* in dem §. 6 *I. de act.*, und der Rechtsstreit, welchen er in der *L.* 2 *C. de praetor. pignor.* entschieden habe, betreffe blos nur den Fall: ob auch den Gläubigern diese Klage alsdann verstattet werden könne, wenn sie durch ihre Schuld den Besitz der Sache, in welchen sie waren immittirt worden, verloren hatten, und diesen Punkt habe *Justinian* bejahend entschieden.

Ganz anderer Meinung wie *Hugo Donell*, ist *Albert Philipp Frick* p) über den Sinn des §. 6 *I. de action.*, der ebenfalls läugnet, dass darin von der Paulianischen Klage die Rede sey, sondern vielmehr die darin beschriebene Klage für eine eigne von *Justinian* erfundene Klage zum Besten der Gläubiger ausgiebt. Ueber die Entstehung und den Gehalt dieser Klage urtheilt er folgender Gestalt: *Justinian* habe die Gläubiger, welche in die Güter des Schuldners waren immittirt worden, und daran ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, insbesondere noch durch eine dingliche Klage auf den Fall begünstigen wollen, wenn sie diesen Besitz durch eine dolose Veräusserung des Schuldners verloren hatten, indem die aus dem prätorischen Pfandrechte entspringende Klage nur blos den Fall zum Gegenstande gehabt hätte, wenn sich dieser Verlust auf eine andere Art ereignet hatte. Dies sey nun diejenige Klage, deren *Justinian* in dem §. 6 *I. de action.* erwähne.

Einer ganz neuen Vorstellungsart von der in dem §. 6 *I de action.* enthalten seyn sollenden Klage bedient sich *Conrad Sigismund Hänlein*, q) der ebenfalls, wie *Hugo Donell* und *Frick*, nicht zugeben will, dass darin von der Paulianischen Klage die Rede sey. Sie ist diese: *Justinian* habe zwar durch die in der *L.* 2 *C. de praet. pignor.* den Gläubigern, welche durch die Immission in die Güter des Schuldners ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, zur Verfolgung desselben, wenn sie den Besitz, es sey auf welche Art es wolle, verloren, die *Actio hypothecaria utilis* verstattet, allein bald eingesehen, dass diese Klage nicht hinreichend sey, um die Gläubiger gegen das Unternehmen eines bösartigen Schuldners auf alle Fälle zu sichern. Besonders habe es ihm sehr unbillig geschienen, dass die Gläubiger dem schweren Be-

p) In *L. S. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminente, aut moto concursus iudicio*, §. 6.

q) *De actionis Paulianae natura, requisitis et usu forensi nova disquisitio*, Onoldi 1785, §. 6.

weise ausgesetzt seyn sollten, der überhaupt bey der Pfandklage geführt werden muss, wenn diese gegen einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt werden soll, zumahl alsdann, wenn der Schuldner etwas von denjenigen Sachen, in welche sie waren immittirt worden, in der Absicht, um sie zu betrügen, veräusert hatte. Eben so unbillig habe es ihm geschienen, dass die Gläubiger bey einer solchen betrüglichen Veräusserung des Schuldners die von dem Acquirenten unterdess percipirten Früchte verlieren sollten, welche bekanntlich nicht mit der hypothekarischen Klage gefordert werden können. Es habe daher *Justinian*, oder vielmehr *Tribonian*, den Gläubigern nicht nur eine in Ansehung des Beweises leichtere, sondern auch im Ganzen vortheilhaftere Klage verstatten wollen, und dies sey in dem §. 6 *I. de action.* geschehen. *Hänlein* giebt dieser nach seiner Vorstellungsart vom *Justinian*, und zwar in dem §. 6 *I. de action.* eingeführten neuen Klage den Nahmen: *Actio rescissoria alienationis*, und will sie, in Rücksicht auf ihre Wirkung bey den Römern, nach den Grundsätzen der *Actio rescissoria usucapionis* beurtheilt wissen. r)

Prüft man diese verschiedenen Meinungen über den Sinn des §. 6 *I. de act.*, so zeigt sich allenthalben der Vorzug der gemeinen Meinung, welche in diesem Texte der Institutionen vor dem Kaiser *Justinian* die Paulianische Klage angedeutet zu finden glaubt. Denn was 1. die Behauptung Hugo Donells be-

r) *Walch* behauptet zwar ebenfalls, in seinen Anmerkungen zu *Hoppii Comm. succ. ad Institut. tit. de action.*, §. 6, dass die Klage, deren *Justinian* in dem §. 6 *I. de action.* gedenkt, nicht die Paulianische, sondern eine ganz andere Klage sey, und läst sich darüber bey Widerlegung derjenigen, die vermöge dieses Textes die Paulianische Klage durchaus zu einer dinglichen machen wollen, folgender Gestalt aus: *Accedit dein praeter actionem Paulianam aliam dari, qua utiliter a creditoribus ea vindicantur, quae debitor communis post motum, uti nostrates loquuntur, concursum, vel postquam creditores in bona sunt missi, alienavit. Sedes huius actionis est in L. D. quibus caussis in possess. eatur, L. fin. D. de pignor. praetor., L. 26 D. de contrah. emt. vendit., ac L. 35 D. de obligat., quumque fundamentum illius re vera quaerendum est in pignore praetorio, rationem profecto habuit Imperator, cur hoc loco actionis istius meminerit, sive illa ab ipso Praetore inventa, sive a Iustiniano demum L. fin. C. de pignor. praet. introducta.* Allein er scheint seine Meinung, nach der neuesten Ausgabe seiner *Introductio in controvers. iur. civil.*, Sect. IV, C. 1, §. 4, wieder geändert zu haben, indem hier der Text §. 6 *I. de act.* von der Paulianischen Klage verstanden wird.

trifft, so fällt es, so spitzfündig sie auch ausgedacht ist, beym ersten Anblicke sogleich in die Augen, wie sehr es derselben an einem richtigen Grunde mangelt. Denn so ergiebt es sich 1. aus den deutlichen Worten des Textes selbst, dass darin nicht von jedem Falle die Rede ist, wenn die Gläubiger ohne ihr Verschulden den Besitz der Sache verloren haben, welche der Gegenstand ihres prätorischen Pfandrechts war, sondern bloss von dem Falle, wenn die Gläubiger desselben dadurch verlustig geworden sind, dass der Schuldner die Sache in der Absicht, um sie zu betrügen, veräussert und einem andern übergeben hat. Die Worte des Gesetzes: *si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex sententia praesidis*, ergeben dies mehr denn zu deutlich. Dazu kommt, 2. dass, wenn man dem *Hugo Donell* beypflichten wollte, man schlechterdings eine Verwirrung in der Chronologie der Gesetze anrichten müsste. Denn so setzt seine Behauptung voraus, dass schon vor dem *Justinian* eine aus dem prätorischen Pfandrechte entspringende und vom Prätor selbst eingeführte Klage vorhanden gewesen, diese aber nur den Gläubigern in dem Falle zugestanden worden, wenn sie ohne ihr Verschulden den Besitz der ihrem prätorischen Pfandrechte unterworfenen Sachen verloren hatten, und *Justinian* durch seine Verordnung in der *L. 2 C. de praet. pignor.* das ältere Recht nur habe ergänzen wollen. Nun ist es aber bekannt, dass die 50 Decisionen *Justinians*, wovon die in dem gedachten Gesetze eine ist, grösten Theils den Institutionen einverleibt worden sind, und *Tribonian* und seine Mitarbeiter vorzüglich dabey auf die Verbesserung und Ergänzung des ältern Rechts Rücksicht genommen haben. Ist es daher wohl glaublich, dass *Justinian*, oder vielmehr *Tribonian*, eine ältere längstens näher bestimmte Klage in die Institutionen aufgenommen haben sollten? Und wollte man auch annehmen, dass die Verfertiger der Institutionen bey den mancherley Quellen, deren sie sich bey ihrer Arbeit bedienten, leicht in einen solchen Irrthum verfallen, und eine ältere Klage, die nicht in den Pandecten enthalten ist, darein aufgenommen hätten; so kann doch solches nimmermehr diese Klage seyn, die *Hugo Donell* darin sucht, da der deutliche Inhalt des Textes dem völlig zuwider ist. So unrichtig sich nun auch die Behauptung *Hugo Donells*, nach genauer Prüfung, darstellt, so ist doch nicht zu läugnen, dass sie immerhin die scharfsinnigste bleibt, und in dieser Eigenschaft die Behauptungen

Fricks und *Hänleins* weit hinter sich zurück läſst, wie sich aus der nun folgenden Widerlegung derselben ergeben wird.

Was II. die Meinungen von *Frick* und *Hänlein* über den Sinn des §. 6 *I. de action.* betrifft, so sind diese beym ersten Anblicke so auffallend unrichtig, daſs man ihnen auf keinerley Weise das Wort reden kann. Beyde stimmen darin mit einander überein, daſs *Justinian*, oder vielmehr sein Kanzler *Tribonian*, in dem gedachten Texte der Institutionen den Gläubigern eine ganz neue Klage zur Revocation der von dem Schuldner böslicher Weise unternommenen Vermögensentäuſserungen habe zugestehen wollen, und nur in Ansehung des Begriffs dieser Klage sind sie in ihren Meinungen verschieden, wie aus dem oben Gesagten mit mehrerm erhellt. Aber wie paſst diese Behauptung zu der Vorstellung des Kaisers *Justinian* selbst, die in den vorher gehenden Paragraphen dieses Titels der Institutionen enthalten ist? Offenbar ist es, daſs *Justinian* in diesem §. der Institutionen weder eine neue Klage einführt, noch von einer von ihm selbst zuvor schon eingeführten Klage redet. *Justinian* handelt hier von prätorischen, — bloſs prätorischen Klagen, nachdem er zuvor die Civil - Klagen kürzlich aufgeführt und abgefertigt hatte. Er nennt ausdrücklich den Prätor als den Urheber derjenigen Klage, welche er in dem §. 6 *I. de act.* beschreibt. Die Erklärung *Justinians* zuvor, daſs er nun auch von den prätorischen Klagen handeln wolle, das Verbindungswort: *Item*, und die Fortsetzung, indem er gleich darauf der hypothekarischen Klage ebenfalls erwähnt, zeigen solches mehr denn zu deutlich, und lassen gegen die Wahrheit dieser Behauptung nicht den mindesten Zweifel zurück. — Und gleichwohl soll *Justinian*, der hier von einem Dritten, — nämlich dem Prätor, — und von dessen eingeführten Rechtsmitteln spricht und solche kurz aufführt, von einer von ihm selbst eingeführten Klage reden, oder gar eine neue vorher unbekannte einführen. Heiſst das nicht Widersprüche mit Widersprüchen häufen, einen Sinn des Gesetzes mit Gewalt obtrudiren, und einer bloſsen Relation, wie hier wirklich der Fall ist, die doch, nach allen logischen Regeln, ohne das Relatum nichts bedeutet, Gesetzeskraft beylegen? Konnte der hier redende und bloſs prätorische Rechtsmittel erzählende *Justinian* wohl je daran denken, daſs seine Erzählung dereinst von den Rechtslehrern als ein besonderes Gesetz werde angesehen, und daraus eine von ihm zu Gunsten der Gläubiger eingeführte

Klage werde erzwungen werden? Gewiſs nicht; vielmehr war er davon überzeugt, daſs derjenige, der von der Natur und Eigenſchaft dieſer hier, ſeiner Abſicht gemäſs, nur kurz von ihm aufgeführten Klagen weiter unterrichtet ſeyn wollte, ſich an die Pandecten machen und ſich hier Rath und Licht hohlen werde. Daſs er dies wolle, und nicht, daſs man aus ſeiner Erzählung die Natur und Eigenſchaft der von ihm erwähnten Klage lernen ſoll, leuchtet mehr denn zu deutlich, theils aus dem Endzwecke bey der Abfaſſung der Inſtitutionen, theils aus ſeiner eignen ſehr häufigen Verweiſung auf die Pandecten hervor. Selbſt in dem unmittelbar dieſem Paragraphen der Inſtitutionen vorauf gehenden §. 5 *I. de act.* kommt noch eine ſolche Verweiſung auf die Pandecten vor. Er redet hier von der reſciſſoriſchen Klage, wodurch eine bereits vollendete Verjährung aufgehoben wird, und fügt nun hinzu: *Quod genus actionis quibusdam et aliis ſimili aequitate motus Praetor accommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum ſeu Pandectarum volumine intelligere licet. Juſtinian* wollte in den Inſtitutionen kurz die Grundſätze des Rechts aus einander ſetzen, — ſeine Abſicht war, den Anfängern das Studium des Rechts zu erleichtern. Aeltere Rechtsgrundſätze ſollten kurz darin aufgeſtellt, und die Abänderungen und neuern Entſcheidungen bemerkt werden. Er ſagt ſelbſt von ſeinen Inſtitutionen: *In quibus breviter expoſitum eſt, et quod antea obtinebat, et quod poſtea deſuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum eſt.* s) Bey ſo auffallenden Wahrheiten läſst es ſich wohl ſchwerlich behaupten, daſs die Klage, deren *Juſtinian* im §. 6 *I. de action.* Erwähnung thut, eine von ihm vorher eingeführte Klage, am allerwenigſten aber, daſs es eine Klage ſey, welche eben in dieſem Texte der Inſtitutionen neu von ihm eingeführt worden.

Iſt nun die Klage, deren *Juſtinian* im §. 6 *I. de action.* gedenkt, wie ich bewieſen zu haben glauben kann, keine von ihm ſelbſt vorher eingeführte, noch weniger aber in dieſem Texte der Inſtitutionen erſt neu erfundene Klage; was iſt ſie denn für eine? — Gewiſs keine andere, als eine ältere prätoriſche, den Gläubigern verliehene Klage, deren Natur und Eigenſchaft aus den Pandecten erlernt werden muſs. Hier iſt ſie nur beyſpielsweiſe angeführt, ohne alle Abänderung, ganz in ihrer urſprünglichen Beſchaf-

s) *Prooem. Inſtitut.*, §. 5.

fenheit; denn sonst würde dieses von dem eigenliebigen *Justinian*, der so gern mit seiner Legislation prahlte, gewiss bemerkt worden seyn. Aber welche prätorische Klage ist denn hier vom *Justinian* gemeint? Ist es die Paulianische Klage, oder eine andere prätorische rescissorische Klage? Dies zu untersuchen will ich mir gegenwärtig angelegen seyn lassen.

Ohne allen Zweifel ist in dem §. 6 *I. de act.* von der Paulianischen Klage die Rede. Ich glaube diese Behauptung durch folgende Gründe hinlänglich unterstützen zu können. 1. Aus der Relation des Kaisers *Justinian*, — ferner aus dessen Verweisung auf die Pandecten, welche kurz vorher geht, ist es ersichtlich, dass die Klage, welche er hier beschreibt, in den Pandecten befindlich seyn müsse. Nun aber findet sich in den Pandecten keine andere Klage als die Paulianische, welche mit der hier vom Kaiser *Justinian* entworfenen Darstellung auch nur irgend einiger Massen vereinbart werden könnte. Dass *Justinian* mit seiner Beschreibung im §. 6 *I. de act.* auf eine ältere prätorische Klage, welche nicht in die Pandecten aufgenommen worden, hingezielt habe, lässt sich um desswillen gar nicht vermuthen, weil *Justinian*, oder vielmehr *Tribonian* noch kurz zuvor denjenigen, welcher sich von der Eigenschaft der von ihm angeführten Klagen näher unterrichten will, auf die Pandecten verweist, man also nichts natürlicher annehmen kann, als dass er bey seiner kurzen Angabe der Civil- und prätorischen Klagen in dem Titel der Institutionen: *de actionibus*, genau auf die Pandecten Rücksicht genommen, und darin keine andern Klagen benannt habe, als welche wirklich in den Pandecten enthalten sind.

Aber, möchte man mir entgegen setzen, wie stimmen die Criterien der Paulianischen Klage mit dieser Relation *Justinians* überein? — Die Paulianische Klage hat, wie ich weiter unten zeigen werde, nicht gegen jeden Acquirenten der von dem Schuldner in der Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, veräusserten Sachen Statt, und gleichwohl spricht *Justinian* ganz allgemein davon, dass der Prätor den Gläubigern das Recht verliehen habe, die Veräusserung umzustossen und die Sache von dem Acquirenten zurück zu fordern. Ferner setzt die Paulianische Klage, wie ebenfalls unten mit mehrerm gezeigt werden soll, voraus, dass solche Veräusserungen, welche vermittelst derselben zurück ge-

rufen werden sollen, vor der *Immissio* oder *Cessio* geschehen sind; hier wird aber einer Veräusserung, welche nachher geschehen ist, mit ausdrücklichen Worten gedacht. Anscheinende Gründe genug, die in dem §. 6 *I. de act.* vom *Justinian* beschriebene Klage, — zwar nicht für eine neue, — wohl aber für eine andere ältere prätorische Klage, und nicht für die Paulianische zu halten! — Allein man bedenke nur, was den ersten Punkt betrifft, dass jemand, der nur etwas beyspielsweise oder ganz kurz anführt, wie hier vom *Justinian* geschieht, sich nicht erst bemühen wird, solches nach allen seinen Theilen und den kleinsten Bestimmungen zu entwickeln, sondern es ihm hinreichend ist, wenn er es nur so darstellt, dass derjenige weiss, wohin er gezielt habe, welcher dadurch verständigt werden soll. *Justinian* wollte ja in dem Titel der Institutionen: *de actionibus*, die Klagen nicht in ihrem ganzen Umfange und nach den einer jeden von ihnen zukommenden einzelnen Criterien entwickeln, sondern sie bloss im Allgemeinen kennbar machen, — und wie würde auch eine solche weitschweifige Entwickelung dem Zwecke der Institutionen entsprochen haben? Es war also hinreichend, um die Paulianische Klage kennbar zu machen, wenn er sagte, dass der Prätor den Gläubigern das Recht verliehen habe, die von dem Schuldner zu ihrem Nachtheile betrüglicher Weise unternommene Veräusserung umzustossen und die veräusserte Sache von dem Acquirenten zurück zu fordern, und er brauchte nicht erst insbesondere die Erfordernisse dieser Klage in jedem einzelnen Falle, wenn sie angestellt werden konnte, anzugeben, da dies, seiner Absicht nach, aus den Pandecten erlernt werden sollte. Was zweytens den Punkt betrifft, dass hier in dem §. 6 *I. de action.* einer von dem Schuldner, nachdem die Gläubiger in die Güter des Schuldners waren immittirt worden, unternommenen Veräusserung die Rede sey, so lässt sich diese anscheinende Schwierigkeit sehr bald heben, wenn man nur alle Umstände genau erwägt. Hatte gleich *Justinian* seinem Kanzler *Tribonian* und dessen Gehülfen es noch so stark eingeknüpft, in den Institutionen einen kurzen, genauen und kernhaften Auszug des Rechts zu liefern, so lässt sich doch keineswegs behaupten, dass sie diesen ihnen gemachten Auftrag ganz befolgt hätten. Die höchst unvollständige Angabe der übrigen, so wohl Civil- als prätorischen Klagen, in dem Titel der Institutionen: *de actionibus*, zeigt dies mehr denn zu deutlich. Es bleibt alle Mahl eine

ausgemachte Sache, daſs *Tribonian* nicht nur ein verwirrter Kopf war, sondern auch ein Mann, der mit den Grundſätzen des ältern Römiſchen Rechts gewiſs nicht in der genaueſten Bekanntſchaft ſtand. Wie leicht konnte es unter dieſen Umſtänden geſchehen, daſs die Paulianiſche Klage als eine ſolche hier aufgeſtellt wurde, wodurch Veräuſserungen des Schuldners, welche er nachher, da die Gläubiger bereits in ſeine Güter waren immittirt worden, unternommen hatte, umgeſtoſsen werden könnten.

Doch ich will nicht, wie *Anton Faber*, den *Tribonian* eines doppelten Irrthums bezüchtigen, — ich will ſuchen, ob ich ſeine Vorſtellungsart von der Paulianiſchen Klage im §. 6 *I. de action.* nicht rechtfertigen kann. Sind's gleich bloſse Vermuthungen, die ich hier niederſchreibe, bin ich denn darum mehr zu tadeln, als meine Vorgänger, die ebenfalls auch nur aus Vermuthungen, nicht aus klaren, jedem vor Augen liegenden Thatſachen, argumentirten? In dem Titel der Pandecten: *quae in fraudem creditor.*, kommt eine Stelle vor, die, wie ich glaube, dem *Tribonian* in die Augen gefallen iſt, und wovon er die Beſchreibung der Klage, deren in dem §. 6 *I. de action.* gedacht wird, mit abſtrahirt hat. Dies iſt die *L. 9 D. quae in fraud. creditor.*, worin folgender Fall vorgetragen wird: *Titius* kauft etwas von *Sempronius*, in deſſen Güter die Gläubiger immittirt waren, und weiſs, daſs dieſe Veräuſserung zum Nachtheile derſelben gereicht; verkauft aber nachgehends die Sache wieder an einen andern, dem die Beſchaffenheit der Sache ganz unbekannt iſt. Hier wirft der Rechtsgelehrte *Paulus*, aus deſſen *Lib. ad Edictum* das Geſetz genommen iſt, die Frage auf, ob der zweyte Käufer, welcher *in bona ſide* iſt, wegen der Sache belangt werden könne. Der Rechtsgelehrte läugnet ſie, verſtattet aber zugleich wider denjenigen die Klage, welcher die Sache *mala ſide* gekauft hat, wenn er gleich nachgehends an einen andern, welcher aber *in bona ſide* iſt, ſie wieder verkauft hatte. In dieſem Geſetze wird offenbar eine Veräuſserung voraus geſetzt, welche ein Schuldner, deſſen Güter die Gläubiger ſchon vermöge der prätoriſchen Immiſſion in Beſitz genommen haben, veranſtaltet hat, und dieſe Veräuſserung wird an und für ſich vollkommen gültig erklärt, ſo daſs nicht einmahl gegen denjenigen, welcher als Eigenthümer die Sache *bona ſide* beſitzt, eine Klage Statt haben ſoll, ſondern derjenige nur, den empfangenen Kaufſchilling wieder heraus zu geben, ſoll belangt werden können, welcher wider beſ-

ſeres Wiſſen und Gewiſſen die Sache an ſich gebracht, und ſolche hernach wieder veräuſsert hat. Und daſs gleichwohl in dem Geſetze von der Paulianiſchen Klage, mit welcher nur derjenige Käufer, dem die betrügeriſchen Abſichten des Schuldners bekannt ſind, belangt wird, die Rede ſey, giebt der Zuſammenhang zwiſchen der *L. 7 D eod.*, welche ebenfalls aus den *Lib. ad Edict.* des *Paulus* genommen iſt, und dem angeführten Geſetze deutlich zu erkennen.

Aber ſtand denn nach dem Römiſchen Rechte die Paulianiſche Klage wirklich auch den Gläubigern zu, wenn der Schuldner, nachdem ſie in ſeine Güter waren immittirt worden, etwas davon veräuſsert hatte? Entweder die ganze Frage in der *L. 9 D. quae in fraud. creditor.* iſt corrupt vorgetragen, oder man muſs ſolches annehmen, weil das Geſetz es mit dürren Worten ſagt. Erſteres kann nicht ſeyn, denn ſonſt würde der Rechtsgelehrte die Frage ſogleich verworfen, und ſich nicht erſt auf Entſcheidungsgründe eingelaſſen haben. Man muſs alſo letzteres annehmen. Aber wie paſst ſolches zu den oben gelehrten Grundſäten? Ich will mich bemühen, dieſes Phänomen zu erklären. [t])

Zweyerley läſst ſich hier muthmaſsen, um ſich die *L. 9 D. quae in fraud. creditor.* und die darin angenommenen Grundſätze zu erklären. Erſtens iſt es bekannt, daſs die Gläubiger durch die Immiſſion nur an denjenigen Gütern des Schuldners ein Pfandrecht erhielten, in die ſie waren immittirt worden. Ueber dasjenige ſchuldneriſche Vermögen, welches die Immiſſion nicht unter ſich begriff, konnte der Schuldner noch frey ſchalten und walten, und wenn er mithin etwas davon veräuſsert hatte, ſo war dieſe Veräuſserung zu Recht beſtändig. Wie, wenn etwa *Paulus* in dem Geſetze von einem ſolchen Falle redete, wenn die Gläubiger in einen Theil des ſchuldneriſchen Vermögens waren immittirt worden, und der Schuldner eine Sache veräuſsert hatte, die nicht die Immiſſion unter ſich begriff? Finden ſich doch mehrere Stellen in den Pandecten, wo ein

t) *Nettelbladt*, in der *D. Paul. action. verum fundament. obiect. etc. ſiſt*, Roſt. 1739, §. 58, ſucht, nebſt andern Rechtslehrern, dieſen Widerſpruch dadurch zu heben, daſs er die Worte des §. 6 *I. de act.*: *e bonis a creditoribus poſſeſſis*, dahin erklärt, daſs die Anſtellung der Paulianiſchen Klage den Gläubigern erſt nach der Immiſſion verſtattet worden, weil ſie ja eher die ihnen zugefügte Läſion nicht in Erfahrung bringen können; allein dieſer Erklärung widerſprechen die dürren Worte des Geſetzes zu ſehr, als daſs man ſie annehmen könnte.

Rechtsfall nicht nach allen ſeinen einzelnen Umſtänden vorgeſtellt wird; und kann auch dies nicht hier der Fall ſeyn? u)

Doch wir laſſen dieſe erſtere Muthmaſsung, und gehen zu einer andern über, die wenigſtens eben ſo viel Wahrſcheinlichkeit für ſich hat. Wie, wenn man annehmen wollte, daſs die Paulianiſche Klage durch die Ausdehnung der Juriſten auch den Gläubigern verſtattet worden, um die nach geſchehener Immiſſion von dem Schuldner mit den unter dieſer Immiſſion begriffenen ſeinen Vermögensſtücken vorgenommenen Veräuſserungen zu revociren? Man möchte mir entgegen ſetzen, daſs ja die Gläubiger derſelben nicht bedürftig geweſen wären, indem ſie ja mit der aus dem prätoriſchen Pfandrechte entſpringenden hypothekariſchen Klage die Sache gegen jeden Beſitzer hätten verfolgen und von demſelben abfordern können. Allein man bedenke nur, daſs damahls den prätoriſchen Pfandgläubigern die hypothekariſche Klage noch durch kein Geſetz beſtätigt war, ſondern ihnen noch ſehr ſtreitig gemacht wurde, wie denn *Juſtinian* dieſen Streit in der *L. 2 C. de praet. pign.* allererſt entſchied und den prätoriſchen Pfandgläubigern die hypothekariſche Klage geſetzlich verlieh. v)

Die Worte des §. 6 *I. de action.: permittitur ipſis creditoribus, reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere, eam rem traditam non eſſe et ob id in bonis debitoris manſiſſe*, ſtimmen zu genau mit den Criterien der Paulianiſchen Klage überein, als daſs man es verkennen könnte, daſs hier von derſelben die Rede iſt. Die Worte: *reſciſſa traditione*, zeigen eine nach ſtrengem Rechte gültige Veräuſserung an, und die Klage, wovon hier die Rede iſt, eine Art der reſciſſoriſchen Klagen. Beydes ſtimmt mit den Grundſätzen der Paulianiſchen Klage überein. Die Paulianiſche Klage ſetzt immer eine an ſich gültige Veräuſserung voraus, — eine Veräuſserung, die der Schuldner unternahm, da er noch eine freye Dispoſition über ſein Ver-

u) *Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 17.

v) Dieſe meine Conjectur legt alſo keinesweges zum Grunde, daſs die Paulianiſche Klage den Gläubigern nur erſt in Anſehung derjenigen Veräuſserungen des Schuldners zugeſtanden habe, welche derſelbe, nachdem die Gläubiger bereits in ſeine Güter waren immittirt worden, unternommen hatte, wie *Mencken*, *ad Pandect.*, Lib. XLII, T. VIII, §. 3, No. 3, nebſt andern Rechtslehrern, irrig behauptet. Vergleiche auch *Arn. Vinnius* in *Comment. ad Inſtitut.*, L. IV, T. IV, § 7.

mögen hatte. Sie ist, wie *Glück* [w]) ganz richtig bemerkt, eine Art der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen eine nach dem strengen Rechte gültige Handlung des Schuldners. Man halte mit dieser Justinianeischen Darstellung im §. 6 *I. de act.* ein Mahl die *L.* 10, §. 22 *D. quae in fraud. credit.* zusammen, und man wird keinen Abstand in den Grundsätzen bemerken können. *Praeterea*, (heisst es hier,) *generaliter sciendum est, ex hac actione*, (nämlich der Paulianischen Klage, wovon hier die Rede ist,) *restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset.*

Zu allem diesem kommt noch das Zeugniss des *Theophilus* hinzu, welcher in seiner Griechischen Paraphrase der Institutionen zum §. 6 *I. de action.* das Rechtsmittel, dessen *Justinian* hier gedenkt, für eine prätorische Klage ausgiebt, und von ihr sagt: ἥτις λέγεται Παυλιάνη· ἐν ᾗ λέγουσι ταῦτα, ὡςανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος, [x]) mithin diesen Text der Institutionen dahin erklärt, dass darin von der Paulianischen Klage die Rede sey. Aus allen Umständen ist es klar, dass, wenn auch dieser *Theophilus* nicht selbst, wie doch höchst wahrscheinlich ist, [y]) Mitverfertiger der Institutionen gewesen, er doch zu *Justinians* Zeiten gelebt habe, indem er den Kaiser *Justinian nostrum Imperatorem* oder *Dominum*, und seine Gemahlinn, die *Theodora*, *religiosissimam nostram Dominam* nennt, mithin die beste Kenntniss von dem wahren Sinne dieses Textes der Institutionen haben konnte. Und finden sich gleich in der Paraphrase des *Theophilus* hin und wieder Unrichtigkeiten, welche aus der Art und Weise, wie sie uns bekannt

w) In der trefflichen D. *de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae*, §. 3; in seinen *Opusc. iur. civil.*, Fasc. II, p. 288. Vergleiche auch *Ernst Christ. Westphal* Progr. *de duplici actione restitutoria omnibus fere in integrum restitutionibus praetoriis communi.* Halae 1770 und 1778.

x) Vergleiche die Ausgabe dieser Paraphrase des *Theophilus* von *Wilhelm Otto Reitz*, Haag 1751, T. 2, p. 794.

y) Siehe *Io. Henr. Mylii Theophilus s. de Graecarum iuris Institutionum earundemque auctoris historia, aetate, auctoritate, fatis, dotibus, naevis* Lib sing., Lips. 1731, Lugd. Batav. 1733, und in der Reitzischen Ausgabe des *Theophilus*, T. 2, p. 1033; ingleichen *Io. Godofr. Sammet Coniecturae de Theophili vita et* Ἑρμηνεία *Institutionum*, Lips. 1750, und in seinen *Opuscul.*, No. VIII, p. 213 folg.

geworden ist, entstanden sind: [z]) so bleibt sie doch immerhin ein gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des Lateinischen Textes der Institutionen; wird, als ein solches, von den angesehensten Rechtslehrern empfohlen; [a]) und kann darum nicht allgemein als verdächtig angesehen werden, am wenigsten hier, wo die Richtigkeit der Erklärung des *Theophilus* so sehr durch andere Gründe unterstützt werden kann.

Ich glaube hinlänglich erwiesen zu haben, dass in dem §. 6 *I. de action.* wirklich von der Paulianischen Klage die Rede sey, aber darum bin ich doch weit davon entfernt, sie für eine dingliche Klage zu halten. Diese Behauptung scheint widersinnig zu seyn, da ihr doch offenbar in diesem Texte der Institutionen vom *Justinian* oder *Tribonian* ihr Platz unter den dinglichen prätorischen Klagen angewiesen wird. Allein kann dieser Irrthum *Tribonians*, der ohne allen Zweifel daher rührt, weil die Paulianische Klage mit der *Actio rescissoria usucapionis*, wovon in dem vorher gehenden Paragraphen die Rede ist, in Ansehung der Wirkung im Ganzen völlig überein kommt, eine ihrer Natur nach nicht dingliche Klage zu einer dinglichen machen? Ich glaube nicht; und eben so wenig, dass das Wort: *peto*, welches in dem Gesetze vorkommt, etwas für die Dinglichkeit der Paulianischen Klage beweisen könne. Das Genus derselben muss vielmehr aus den Bestimmungen erlernt werden, welche sie in den Pandecten erhält. Hierauf verweist ja *Justinian*. Seine Worte im §. 6 *I. de action.* sind blosse Relation, und diese kann ohne das Relatum, welches hier die Pandecten sind, nichts beweisen. Folglich muss das Genus der Paulianischen Klage in den Pandecten aufgesucht werden, und dass diese gegen die Dinglichkeit der Paulianischen Klage stimmen, will ich nunmehr zu beweisen suchen.

z) Sehr gründlich hat *Wilhelm Otto Reitz* in der Vorrede zu seiner Ausgabe der Paraphrase, §. 46, p. 27, erwiesen, dass diese Paraphrase aus den Dictaten des *Theophilus* über die Institutionen *Justinians* erwachsen ist, die Irrthümer also, die darin vorkommen, nicht dem *Theophilus*, sondern seinen Zuhörern Schuld gegeben werden müssen, da er wahrscheinlich nicht daran gedacht hat, dass solche dereinst öffentlich bekannt werden sollte.

a) *Eccard Hermeneut. Iuris*, nach der von *Walch* besorgten Ausgabe, L. I, C. VII, §. 294.

Die Paulianische Klage ist, wie ich oben gezeigt habe, eine *Actio restitutoria*, oder eine Gattung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. [b]) Dies voraus gesetzt, scheint mir nichts richtiger zu seyn, als dass die Frage von dem Genus dieser Klage eines Theils daher entschieden werden müsse: in wie fern das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt zu den dinglichen oder persönlichen Rechtsmitteln, andern Theils daher, zu welcher Gattung von Rechtsmitteln sie nach dem Pandecten-Rechte entweder ausdrücklich oder nach den ihr daselbst beygelegten individuellen Bestimmungen gerechnet werden kann.

So sehr auch unter den Rechtslehrern darüber gestritten wird, ob das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für ein persönliches oder dingliches Rechtsmittel gehalten werden müsse; und so mancherley ganz von einander abweichende Meinungen darüber bey ihnen angetroffen werden, indem einige dasselbe für ein blos persönliches, andere für ein dingliches halten, und andere endlich es sogar zu den gemischten Rechtsmitteln rechnen: so scheint mir doch die Distinction die beste Auskunft zu geben, welche *Glück* [c]) zur Entscheidung dieses Streits vorschlägt, und nach welcher er die Wörter: dingliches und persönliches Rechtsmittel, in einer dreyfachen Bedeutung nimmt. 1. In Rücksicht auf das Subject. In dieser Rücksicht nennt er dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, dessen nicht nur derjenige, dem es eigentlich oder directe ist verliehen worden, sondern auch ein Dritter, z. B. Erbe, Bürge u. s. w., sich bedienen kann; ein persönliches hingegen, welches der Person, der es directe verliehen worden, dergestalt inhärirt, dass es niemanden anders zuständig werden kann. 2. In Rücksicht auf das Object. Hier ist nach seinen Lehrsätzen dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, dessen man sich gegen jeden dritten Besitzer, ein persönliches hingegen, dessen man sich nur gegen diejenige Person, welche einem verbindlich ist, bedienen kann. 3. In Rücksicht auf das

b) Das Gegentheil behauptet zwar *Hänlein*, *a. a. O.*, §. 20, Not. z; allein ihn hat sehr gründlich widerlegt *Glück* in der D. *de vita petendae restitut. in integr. praetor.*, §. 3, Not. 32. Ohne allen Zweifel ist dies auch wohl der Grund, warum sie *Justinian* in dem §. 6 *I. de action.* auf die rescissorische Klage folgen lässt.

c) *A. a. O.*, §. 4.

Fundament. In dieser Rücksicht ist, wie *Glück* behauptet, dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, welches aus einem dinglichen, und dasjenige ein persönliches, das aus einem bloss persönlichen Rechte entspringt.

Wendet man diese Theorie auf das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an, so kann dasselbe, nach diesen verschiedenen Gesichtspunkten, bald zu den persönlichen, bald zu den dinglichen Rechtsmitteln gerechnet werden. Uns genügt es, diese Theorie insbesondere auf den Gegenstand dieser Abhandlung, — auf die Paulianische Klage, — anzuwenden.

In Rücksicht 1. auf das Subject kann die Paulianische Klage, nach der Analogie des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt, zu den dinglichen Rechtsmitteln gerechnet werden, indem es nicht nothwendig den Gläubigern und so inhärirt, dass es auch nicht von einem Dritten gebraucht und an selbigen überlassen werden könnte, so wie es schon nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze auch den Erben der Gläubiger zuständig ist. d) Hingegen 2. so wohl in Rücksicht auf das Object als das Fundament muss die Paulianische Klage zu den bloss persönlichen Rechtsmitteln gerechnet werden.

Sehen wir nämlich a. bey der Paulianischen Klage auf das Object, so kann selbige nicht gegen jeden dritten Besitzer der von dem Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger in der böslichen Absicht, sie zu betrügen, veräusserten Sache angestellt werden, sondern, wie ich hernach weitläuftiger zeigen werde, bloss gegen denjenigen, welcher die Sache *titulo oneroso* erhalten hat, sich aber in *mala fide* dabey befindet, ingleichen gegen denjenigen, der *titulo lucrativo* die Sache erworben hat. Zu diesen an sich so klaren Grundsätzen kommt noch das Zeugniss des Rechtsgelehrten *Paulus* in der *L.* 38 *D. de usuris* hinzu, welcher in dieser Hinsicht die Paulianische Klage ausdrücklich zu den persönlichen Klagen rechnet. Der Rechtsgelehrte untersucht in diesem Gesetze, in wie fern vermittelst der Personal-Klagen auch die Früchte gefordert werden können, und bey dieser Gelegenheit, wo er die Personal-Klagen durchgeht,

d) *L.* 10, §. *ult. D. quae in fraud. credit.* *L.* 4 *C. de revocand. his quae in fraud. credit.*, Ein Gläubiger, der Erbe des betrügerischen Schuldners geworden ist, kann sich, nach der Paulianischen Klage nicht bedienen.

rechnet er auch nebst der Favianischen die Paulianische Klage hierher, in dem §. 4 des Gesetzes, in den Worten: *In Faviana quoque actione, et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus restituuntur.*

Nehmen wir b. bey der Paulianischen Klage auf das Fundament Rücksicht, so ergiebt es sich auch hier sogleich mehr denn zu deutlich, dass selbige nicht zu den dinglichen Klagen gerechnet werden kann, sondern schlechthin zu den persönlichen gerechnet werden muss. Denn soll eine Klage in Hinsicht auf ihr Fundament dinglich seyn, so muss sie entweder aus einem Eigenthums- oder andern dinglichen Rechte entspringen, oder es muss ihr wenigstens die Eigenschaft der dinglichen Klagen von einem Gesetze ausdrücklich beygelegt werden. Keines von allen aber ist bey der Paulianischen Klage der Fall. Dass sie nicht aus einem dinglichen Rechte entspringt, leuchtet aus dem hervor, was ich hernach von dem Grunde der Paulianischen Klage sagen werde; und dass kein Gesetz vorhanden sey, worin ihr die Natur der dinglichen Klagen beygelegt worden, ist bekannt. Der §. 6 *I. de action.* wird wohl nach allen gesunden Begriffen nicht dahin gezogen werden können?

So weit von dem Genus der Paulianischen Klage; jetzt kommen wir zu dem Begriffe und Grunde derselben. Was zuvörderst den Begriff dieser Klage betrifft, so wird sie von den Rechtslehrern so verschieden definirt, als sich einer von ihnen besondere Vorstellungen von ihr gebildet hat. [e]) Erwägt man alle Umstände hinlänglich, so ergiebt sich von dieser Klage im Allgemeinen folgender Begriff. Die Paulianische Klage ist eine prätorische restitutorische Klage, vermöge deren die Gläubiger in gewissen Fällen die von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* böslicher Weise unternommene Verringerung seines Vermögens umstossen, und dasjenige, was vermittelst dieser Handlung des Schuldners auf jemanden gekommen ist, zurück fordern können. Was den wahren Grund dieser Klage betrifft, so ist derselbe

e) Vergleiche *Gottl. Euseb. Oeltze Hänlein*, *a. a. O.*, §. 10; u. a. m. in der D. *de creditore sibi vigilante*, §. 10;

eine blosse Billigkeit, [f] so wie der aller prätorischen Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand, damit die ohne ihr Verschulden verletzten Gläubiger nicht mehr den Nachtheil empfinden möchten, welchen sie nach dem strengen Rechte erleiden mussten. Uebrigens liegt bey der Einführung dieses Rechtsmittels, wie einige Rechtslehrer glauben, keine prätorische Fiction zum Grunde: [g] — sondern bloss eine Erklärung und Drehung der Grundsätze des alten strengen Rechts, und eine billige Abänderung desselben, zu Gunsten der Gläubiger, damit diese nicht durch die Betrügereyen des Schuldners gefährdet werden möchten, ist alles, was man hier zu suchen hat; denn auch dieses wird in den Gesetzen als ein rechtmässiger Grund angegeben, um jemanden des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand theilhaftig zu machen. *Nec intra*, (sagt der Rechtsgelehrte *Marcellus* in der *L. 7 D. de in integr. restitut.*, nachdem er zuvor von der *Restitutio ob absentiam* etc. gesprochen hatte,) *has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit*, etc. — Und wozu bedurfte es denn hier einer Fiction, da bey andern Fällen, wenn der Prätor das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verliehen hat, keine Fiction zum Grunde liegt? [h]

Nicht jede von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* unternommene Verringerung seines Vermögens berechtigt die Gläubiger, solche vermittelst der Paulianischen Klage anzufechten und umzustossen, sondern dieses Rechtsmittel kommt ihnen nur alsdann zu Statten, wenn gewisse Erfordernisse vorhanden sind, die das prätorische Edict als nothwendig unterstellt, und die zum Theil schon in dem Begriffe liegen, welchen ich oben von der Paulianischen Klage gegeben habe.

f) Die Rechtslehrer, welche die Paulianische Klage nicht als eine prätorische restitutorische Klage gelten lassen wollen, streiten sich sehr über den wahren Grund derselben. Vergleiche *Hänlein*, *a. a. O.*, §. 12. *Io. Iust. Raabe* D. *de duplici act. Pauliana*, §. 21 seq.

g) *Sam. v. Cocceji* in *Iure controvers.*, ad tit. Digestor.: *quae in fraud. creditor.*, qu. 2; *Ioh. Heinr. v. Berger* in *Oeconom. iuris*, L. 2, P. 2, §. 34; *Ioh. Gottfr. Schaumburg* in *Compend. Digestor*, ad tit.: *quae in fraud. creditorum*, §. 1.

h) Vergleiche *Glück* in der angeführten Dissertation, §. 3.

Zu den gesetzlichen Erfordernissen, ohne welche die Paulianische Klage gar nicht Statt findet, gehört: I. dass die Vermögensverringerung von dem Schuldner in der böslichen Absicht, den Gläubigern dadurch zu schaden, unternommen seyn müsse. Da die Gesetze diesen Punkt als *Conditio sine qua non* ausdrücklich unterstellen,[i]) so müssen die Gläubiger solchen nicht nur bey der Anstellung der Paulianischen Klage anführen, sondern auch beweisen, indem eine betrügliche Absicht überhaupt von niemanden, folglich auch hier von dem Schuldner nicht vermuthet wird. Was aber die Art und Weise, wie dieser Beweis von den Gläubigern geführt werden muss, betrifft, so sind die Rechtslehrer hierüber in ihren Meinungen sehr getheilt,[k]) zumahl da die Gesetze wegen dieses Punkts nicht deutlich entscheiden. Die gemeine Meinung ist, dass es bey dem Beweise der betrügerischen Absicht des Schuldners überhaupt nach den rechtlichen Grundsätzen von dem Beweise des *Doli* gehen müsse. Hingegen nehmen andere Rechtslehrer[l]) zur Erleichterung der Gläubiger an, dass es schon hinreichend sey, wenn die Gläubiger darthäten, dass die Vermögensverringerung von dem Schuldner zu einer Zeit unternommen worden, zu welcher sein Vermögen nicht mehr zur Befriedigung seiner Gläubiger zureichend war, oder andere dergleichen ähnliche Gründe, welche die bösliche Absicht des Schuldners vermuthen liessen, anzuführen im Stande

i) *L.* 1 *pr. D. quae in fraud. creditor.* und §. 2 *eod.*, *L.* 10 *eod.* *Gothofr. Ludwig Mencken* läugnet in der D. *de act. Paul.*, §. 14, die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses zur Anstellung der Paulianischen Klage, zwar auf den Fall, wenn der Schuldner etwas *titulo lucrativo* von seinem Vermögen auf jemanden übergetragen hat, und begründet sich darauf, dass hier der Prätor allein auf den Grundsatz: *ne quis cum damno alterius fiat locupletior*, Rücksicht genommen habe, wie aus der *L.* 6, §. 11 *D. quae in fraud. creditor.* ersichtlich sey. Allein diese Behauptung ist offenbar falsch. Denn so unterstellt 1. das Edict des Prätors, wie aus dem Titel der Pandecten: *quae in fraud. creditor.*, deutlich erhellt, alle Mahl die betrügerische Absicht des Schuldners als *Conditio sine qua non*; und dann 2. verwechselt *Mencken* offenbar die Grundsätze, worauf der Prätor bey Verleihung dieses Rechtsmittels gegen den Acquirenten Rücksicht nahm, mit den Haupt-Momenten der Paulianischen Klage.

k) Vergleiche *Menoch de praesumt.*, L. 3, Praes. 124, § 74 f.; *Anton Perez* in *Praelect. ad Codic. tit. de revocand. his, quae in fraud. creditor.*, §. 10; *Francisc. Connanus* in *Commentar. iur. civilis*, L. 5, Cap. ult, § 3.

l) *Hänlein, a. a. O.*, §. 13; *Ioach. Hopp*, *Comment. ad Instit.*, ex edit. *Walchii, tit. de action.*, §. 6.

wären. Ja, *Gothofred Ludewig Mencken* m) geht zum Vortheile der Gläubiger ſogar ſo weit, daſs er behauptet: die Gläubiger hätten nicht nöthig, die betrügeriſche Abſicht des Schuldners darzuthun, ſondern ſolche müſſe vermuthet werden, und der Schuldner ſey verbunden, das Gegentheil zu beweiſen, es wäre denn, daſs er nicht ſelbſt, ſondern ſein Erblaſſer ſolche Vermögensverringerung unternommen hätte; welche Behauptung aber den klaren Rechtsgrundſätzen von dem Beweiſe des Betrugs überhaupt, welche in dem vorliegenden Falle durch kein entgegen geſetztes Geſetz abgeändert worden ſind, entgegen iſt.

Meiner Meinung nach muſs es hier, da die Geſetze bey der Paulianiſchen Klage der betrügeriſchen Abſicht des Schuldners als *Conditio ſine qua non* erwähnen, gleichwohl aber wegen der Beweisführung derſelben nichts beſonderes beſtimmen, nach den allgemeinen Rechtsgrundſätzen von dem Beweiſe des *Doli* gehen, und darnach von den Gläubigern der Beweis ſeiner betrügeriſchen Abſicht geführt werden. So wie jedoch überhaupt auch der Beweis des Betrugs durch gegründete Vermuthungen erleichtert wird, ſo iſt auch dieſes hier der Fall, und müſſen auch ſolche den Gläubigern zu Statten kommen. Ein Beyſpiel davon liefert uns *Julian* in der *L.* 17 *D. quae in fraud. creditor.*, §. 1: *Lucius Titius, cum haberet creditores, libertis ſuis, hisdemque filiis naturalibus univerſas res ſuas tradidit. Reſpondit: Quamvis non proponatur, conſilium fraudandi habuiſſe; tamen qui creditores habere ſe ſcit, et univerſa bona ſua alienavit, intelligendus eſt fraudandorum creditorum conſilium habuiſſe*, etc.

Ferner II. gehört zu den Erforderniſſen der Paulianiſchen Klage, daſs den Gläubigern durch die von dem Schuldner unternommene Vermögensverringerung auch wirklich eine Verletzung zugefügt worden iſt. Erhellt gleich dieſes Erforderniſs ſchon aus der Natur der Sache, ſo beſtätigt es doch noch *Ulpian* zum Ueberfluſſe in der *L.* 10, §. 1 *D. quae in fraud. credit.*, wo er ſagt: *Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum cauſa factum eſt, ſi eventum fraus habuit, ſcilicet ſi hi creditores, quorum fraudandorum cauſa fecit, bona ipſius vendiderunt.*

m) In der Diſſ. *de act. Pauljana*, §. 14.

Caeterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est: si quidem simpliciter dimissis prioribus quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio; si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore. Secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est: eoque iure utimur. In diesem Gesetze ist ausser dem Punkte, zu dessen Beweise es hier vorzüglich von mir angeführt worden ist, noch ein anderer eben so merkwürdiger Punkt enthalten, nämlich dieser: dass nur eigentlich diejenigen Gläubiger sich der Paulianischen Klage bedienen können, welche zu betrügen der Schuldner die Absicht hatte und auch wirklich betrogen hat. Jedoch verstattet der Rechtsgelehrte *Marcellus* die Paulianische Klage auch denjenigen Gläubigern, die der Schuldner erst hernach erhalten hat, wenn er mit deren Gelde die Gläubiger, welche zu betrügen er eigentlich die Absicht hatte, abgefunden hat.

Noch eine Anmerkung zu diesem zweyten Erfordernisse zur Anstellung der Paulianischen Klage: Wie, wenn ein Schuldner eine Vermögensverringerung in der Absicht, um seine Gläubiger zu betrügen, unternimmt, und nun durch diese seine Handlung auch sein Vermögen in den Zustand setzt, dass die Gläubiger nicht bezahlt werden können, von ungefähr aber sein Vermögen wieder einen grossen Zuwachs erhält, und es dessen ungeachtet mit ihm zur Veräusserung seines Vermögens kommt, können da wohl die zur Zeit der Entäusserung schon vorhandenen Gläubiger dieselbe anfechten und umstossen? Es möchte scheinen, als wenn diese Frage verneint werden müsste, da doch der Erfolg seiner Handlung durch ein Ohngefähr behindert wurde. Allein ich glaube dessen ungeachtet, ihnen muss die Paulianische Klage zugestanden werden. Die Worte des Gesetzes: *si eventum fraus habuit*, beziehen sich nicht auf die Zeit, da die Vermögensverringerung unternommen wurde, sondern auf die Zeit, da es sich zeigt, dass solche von rechtlicher Wirkung gewesen ist.

Ausser den bisher zur Anstellung der Paulianischen Klage angegebenen Haupterfordernissen verordnen die Gesetze noch, dass diese Klage gegen einen Dritten, welcher aus solcher Disposition des Schuldners etwas

erworben hat, nicht anders soll angestellt, und das Erworbene von ihm zurück gefordert werden können, als wenn derselbe entweder

I. solches *titulo lucrativo* von dem Schuldner erhalten hat, n) oder

II. zwar *titulo oneroso*, sich aber bey der Acquisition *in mala fide* befand. o)

Derjenige, welcher eine Sache von dem, in der böslichen Absicht, seine Gläubiger zu hintergehen, sein Vermögen verringernden Schuldner *titulo oneroso* und *bona fide* erworben hat, bleibt von den Wirkungen der Paulianischen Klage verschont, p) ohne Unterschied, es möge solche unmittelbar von dem Schuldner selbst oder von einem Dritten auf ihn übergetragen worden seyn, es möge im letztern Falle dieser Dritte ein *bonae* oder *malae fidei possessor* gewesen seyn. q) Es schien dem Prätor zu hart, auch gegen einen solchen Acquirenten den Gläubigern die Paulianische Klage zu verstatten, welcher mit ihnen sich in einem gleichen Zustande befand, und ebenfalls Schaden leiden würde, wenn er das, was er von dem Schuldner *bona fide* erworben hatte, wieder heraus geben sollte.

Zu mehrerer Einsicht dieser Grundsätze muss ich noch zwey Bemerkungen hinzu fügen, die zwar beym ersten Anblicke überflüssig scheinen werden, allein es doch, wenn man alles gehörig überlegt, wirklich nicht sind.

Erstens fragt es sich: Was heisst hier *titulo lucrativo*, und was *titulo oneroso* etwas von dem Schuldner acquiriren? — eine Frage, die hier gewiss sehr wichtig ist. Ich will mich bemühen, sie so viel möglich den Gesetzen gemäss zu beantworten.

a. *Titulo oneroso* erwirbt jemand so oft etwas von dem Schuldner, als er sich dagegen etwas wieder zu geben oder zu leisten verbindlich macht; z. B. wenn er etwas von dem Schuldner kauft, der Schuldner ihm eins

n) *L.* 6, §. 11 *D. quae in fraud. creditor. L. pen. C. de revocand. his, quae in fraudem creditor.*

o) *L.* 5 *D. eod.*

p) *L.* 6, §. 8 *D. quae in fraud. creditor.*

q) *L.* 9 *D. quae in fraud. creditor.* Hat der *malae fidei possessor* das, was er von dem Schuldner erhalten hat, auf einen Dritten übergetragen, der sich *in bona fide* befand, so kann der von ihm begangene Betrug ihm nur allein, und nicht dem Dritten schaden.

ſeiner Grundſtücke verpachtet u. ſ. f. Aus dieſem hier vom *Titulus oneroſus* gegebenen Begriffe läſst ſich auch ſehr gut erklären, warum *Venulejus* in der *L.* 25, §. 1 *D. quae in fraud. credit.* den Gläubigern den Gebrauch der Paulianiſchen Klage gegen den Schwiegerſohn des Schuldners abſpricht, welchem der Schuldner einen Brautſchatz in der Abſicht, dadurch die Gläubiger zu verletzen, gegeben hatte, wenn er nur nicht mit um dieſen Betrug wuſste. Der ganze Entſcheidungsgrund liegt in dem Geſetze klar zu Tage, nämlich: weil die Erwerbung des Brautſchatzes in Hinſicht auf den Ehemann zu den Erwerbungen, welche *titulo oneroſo* geſchahen, gerechnet wurde, indem der Mann dagegen die Ernährung der Ehefrau und die Laſten der Ehe übernahm. [r]) *In maritum*, (heiſst es,) *autem, qui ignoravit, non dandam actionem; non magis, quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.* Denn ſonſt würde ſich kein Grund angeben laſſen, warum eben dieſer Rechtslehrer kurz zuvor [s]) den Gläubigern gegen die Tochter des Schuldners und deren Erben die Paulianiſche Klage zur Revocation des Brautſchatzes geſtattet, welchen der Schuldner derſelben in der böslichen Abſicht, die Gläubiger zu hintergehen, aus ſeinem Vermögen verabreicht hatte.

b. *Titulo lucrativo* erwirbt jemand ſo oft etwas von dem Schuldner, als er ſich nicht anheiſchig macht, dagegen wiederum etwas zu geben oder zu leiſten; z. B. Schenkung u. d. m. Der Erwerbung, welche *titulo lucrativo* geſchieht, iſt auch zum Theil diejenige Acquiſition gleich zu achten, wenn jemand zwar etwas von dem Schuldner unter der Verbindlichkeit, dagegen etwas zu leiſten, erhält, allein dieſe Gegenleiſtung mit der Acquiſition in keinem ordentlichen Verhältniſſe ſteht. Wenn daher der Schuldner an jemanden etwas von ſeinem Vermögen unter dem wahren Werthe verkauft, ſo muſs, wie *Leyſer* [t]) richtig bemerkt, die Acquiſition in ſo fern, als ſie unter dem wahren Werthe geſchehen iſt, zu den Acquiſitionen,

r) *Chriſtian Albert Kortmann* D. *Socerum fraudatorem occaſ. L. fin.*, §. 1 *D. quae in fraud. credit. ſiſtens.* Trai. ad Viadr., 1746.

s) Nämlich §. 1 dieſes Geſetzes.

t) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 494, Medit. 14.

welche *titulo lucrativo* geschehen, gerechnet und nach den davon geltenden Grundsätzen beurtheilt werden. u)

Ich komme zu einer zweyten hierher gehörigen Frage, welche diese ist: Wenn kann man annehmen, dass sich der Acquirent *in bona*, und wenn, dass er sich *in mala fide* bey seinem Erwerbe von dem Schuldner befinde? Die Beantwortung der erstern Frage ergiebt sich schon aus der letztern, daher ich nur bloss diese genau beantworten darf.

Der Acquirent wird nach den Gesetzen so oft als Theilnehmer der betrügerischen Absicht des Schuldners betrachtet, als er bey der Acquisition gewusst hat, dass der Schuldner bereits unzahlfähig war, oder doch durch die gegenwärtige Entäusserung solches werden würde. v) Wusste er bloss, dass der Schuldner Gläubiger habe, so versetzt ihn dieses Wissen nicht in bösen Glauben, es wäre denn, dass bey der Acquisition ihn die Gläubiger ernstlich daran erinnert hätten, die Erwerbung zu unterlassen, er aber sich nicht an diese Erinnerung gekehrt hätte. w) Nach der Lehre *Ulpians* x) befindet sich auch derjenige Acquirent nicht im bösen Glauben, welcher mit Consens der Gläubiger von dem Schuldner erwirbt. *Nemo enim*, (sagt dieser Rechtslehrer,) *videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.*

Da die Paulianische Klage gegen denjenigen, welcher von dem Schuldner etwas *titulo oneroso* erworben hat, nur alsdann von den Gläubigern angestellt werden kann, wenn sich derselbe bey der Acquisition *in mala fide* befindet; so müssen die Gläubiger natürlich solches bey ihrer Anstellung zum Grunde legen, und, da *mala fides* überhaupt nicht vermuthet wird, davon den

u) Dass, dieser Theorie ungeachtet, in der Praxis Fälle vorkommen, wo es sehr schwer hält, zu bestimmen, ob eine Erwerbung *titulo oneroso* oder *lucrativo* geschehen sey, ist nicht zu läugnen. Vergleiche *Ioh. v. Sande* in *Decision. Frisic.*, L. 3, T. 13, Dec. 2. Z. B. wenn der Schuldner etwas von seinem Vermögen *titulo oneroso l. lucrativo, sed tantum conditionato*, auf jemanden übergetragen hat. Meiner Meinung nach muss hier alle Mahl auf den Ausgang des Geschäfts Rücksicht genommen, und darnach bestimmt werden, ob die Erwerbung selbst, am Ende, *titulo oneroso* oder *lucrativo* geschehen ist.

v) *Hänlein*, *a. a. O.*, §. 16.

w) *L.* 10, §. 2, 3, 4 *D. quae in fraud. creditor.*

x) *L.* 6, §. 9 *D. quae in fraud. creditor.*

Beweis führen. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, y) welche behaupten, daſs die Gläubiger hier weiter keinen Beweis zu führen nöthig hätten, als daſs der Schuldner zu der Zeit der Entäuſserung entweder ſchon inſolvent geweſen, oder es doch dadurch geworden ſey, indem der Acquirent ſich ſo oft im böſen Glauben befinde, als er gewuſst, daſs der Schuldner bereits inſolvent war, oder doch durch die gegenwärtige Veräuſserung inſolvent werden würde, dieſe Wiſſenſchaft aber in Anſehung ſeiner, wegen der Lehre *Ulpians* in der *L.* 19 *D. de reg. iur.*: „*Ille, qui cum alio contrahit, vel eſt, vel debet eſſe non ignarus conditionis eius,*" präſumirt werde. Allein dieſer Meinung kann ich darum nicht beypflichten, weil 1. derſelben die ſo ſtarke Rechtsvermuthung: *dolus non praeſumitur*, entgegen ſteht; 2. die von *Ulpian* in der *L.* 19 *D. de reg. iur.* generell abgefaſste Regel aus andern Geſetzen z) dahin eingeſchränkt werden muſs: wenn der Contrahent den Zuſtand ſeines Mit-Contrahenten füglich hat wiſſen können; auch 3. eine rechtmäſsige Unwiſſenheit ſonſt immer nach den Geſetzen a) entſchuldigt, und gegen Nachtheil ſichert, welchen jemand ſonſt empfinden würde, und nicht abzuſehen iſt, warum man hier davon eine Ausnahme machen wollte. Es würden mithin doch immer die Gläubiger beweiſen müſſen, daſs der Acquirent den Zuſtand des Schuldners habe wiſſen müſſen und können, wenn man jenen Lehrſatz gelten laſſen wollte. Ergiebt ſich alſo gleich hieraus die Unrichtigkeit jener Behauptung ſichtbar, ſo läſst ſich jedoch nicht läugnen, daſs bey dieſer Beweisführung den Gläubigern mancherley Vermuthungen zu Statten kommen, und ſelbige erleichtern können, mithin nicht immer ein directer Beweis nöthig ſey. Dahin gehört z. B., wenn zu der Zeit, als die Acquiſition vor ſich ging, der Zuſtand des Schuldners ſchon allgemein bekannt war, oder der Acquirent ein naher Verwandter des Schuldners, oder ſonſt jemand iſt, der von ſeinen Vermögensumſtänden genaue Kenntniſs haben konnte, oder auch endlich die ganze Verhandlung ſehr geheim betrieben wurde. b)

y) *Mencken* in der D. *de action. Pauliana*, §. 6.

z) Arg. *L. pen. D. de SCt. Maced.*; *L.* 48 *D. de fideiuſſor.*

a) *L.* 3 D. *de SCt. Macedon.*

b) *Menoch de praeſumt.*, L. 3, Praeſ. 124, §. 74 ſeq.

Gegen die Erben des Acquirenten hatte anfänglich die Paulianische Klage nicht Statt, [c]) sondern wurde erst in der Folge den Gläubigern gegen diese verliehen, um so viel zu restituiren, als von dem Erblasser auf sie gekommen war. Zwar wird von der Paulianischen Klage in der L. 10, §. 25 D. *quae in fraud. creditor.* geradezu gesagt: *Haec actio heredi caeterisque successoribus competit: sed et in heredes similesque personas datur.* Allein aus der Relation des *Venulejus* in der L. 11 D. *quae in fraud. creditor.* erhellt mehr denn zu deutlich, dass die Paulianische Klage erst in spätern Zeiten, vermittelst einer ausdehnenden Erklärung von einem Prätor, Nahmens *Cassius*, [d]) auch den Gläubigern gegen die Erben des Acquirenten verliehen worden ist. *Cassius*, (heisst es daselbst,) *actionem introduxit, in id, quod ad heredem pervenit.*

Die Paulianische Klage setzt, wie wir oben gesehen haben, gewisse Erfordernisse voraus, unter welchen sie nur von den Gläubigern gebraucht werden kann. Durch die Interpretation der Römischen Juristen ist jedoch diese Klage auch in der Folge den Gläubigern in solchen Fällen gestattet worden, wenn die zur Anstellung derselben nöthigen Erfordernisse nicht insgesammt vorhanden waren, da man alsdann, im Gegensatze der *Actio Pauliana directa*, diese Klage *Actio Pauliana utilis* benannt findet. In dem Titel der Pan-

c) *Hänlein*, *a. a. O.*, §. 16, glaubt, dass die Paulianische Klage darum anfänglich nicht gegen die Erben Statt gefunden habe, weil sie *ex delicto* entspringe, und *actiones ex delicto provenientes* überhaupt nicht gegen die Erben nach Römischen Rechtsgrundsätzen Statt fänden. Allein jeder, der nur mit den ächten Grundsätzen der Paulianischen Klage bekannt ist, sieht ohne mein Erinnern ein, wie wenig dieses Princip im Allgemeinen durchzugreifen im Stande ist, zumahl da hier von Entschädigung die Rede ist, zu welcher auch nach dem Römischen Rechte die Erben, wiewohl unter gewisser Einschränkung, verbunden sind. Der Grund, warum anfänglich die Paulianische Klage nicht gegen die Erben Statt fand, ist wohl unstreitig in der Unbestimmtheit des prätorischen Edicts und der Genauigkeit der alten Römischen Formular-Jurisprudenz zu suchen.

d) Dass dieser *Cassius* ein Prätor, und nicht ein Rechtsgelehrter gewesen sey, davon giebt das Wort: *introduxit*, den besten Beweis ab, welches immer in den Gesetzen von prätorischen Klagen gebraucht wird, die in Ermangelung der Civil- oder auch der directen Klagen eingeführt wurden. Vergleiche die L. 43 D. *quibus ex caussis maiores.*

decten: *quae in fraud. credit.*, kommt davon ein doppelter Fall vor, mit welchem wir uns hier bekannt machen müssen. Von dem ersten Falle handelt *Ulpian* in der *L.* 6, §. 13 *quae in fraud. credit. Si necessarius heres legata praestiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam dubium est.* Ein Notherbe, welcher nachher in Schulden gerieth, hatte die von seinem Erblasser hinterlassenen Vermächtnisse ausgezahlt, und selbige waren von den Legatarien im guten Glauben entgegen genommen worden. Hier mangelte es an dem Haupterfordernisse der Paulianischen Klage ganz, dass vermittelst derselben die Gläubiger die ausgezahlten Vermächtnisse hätten zurück fordern können; denn auf den Notherben, welcher dem Befehle des Erblassers genügte, konnte hier nicht der Verdacht irgend einer betrügerischen Absicht fallen, mithin konnte ihrer eigentlichen Natur nach die Paulianische Klage durchaus nicht Statt haben. Gleichwohl aber verstattet hier *Ulpian*, unter Beystimmung des *Proculus*, den Gläubigern *utiliter* die Paulianische Klage zur Revocation dieser ausgezahlten Vermächtnisse. Die Römischen Rechtsgelehrten sahen sich, bey solcher Extension der Klagen auf andere Fälle, immer nach einem Grunde um, wodurch sie dieselbe beschönigen konnten, und auch bey dieser in der *L.* 6, §. 13 *D. quae in fraud. creditor.* enthaltenen Ausdehnung der Paulianischen Klage liegt ein solcher Grund verborgen. Legate sollen nämlich, nach Verordnung der Gesetze, nicht eher geleistet werden, als bis die auf der Erbschaft haftenden Schulden abgetragen sind. Weil nun dies hier nicht geschehen war, so leiteten die Rechtsgelehrten hieraus die Verbindlichkeit der Legatarien ab, den Gläubigern, welche aus der übrigen Erbschaft nicht befriedigt werden konnten, die ihnen vor Abführung der auf der Erbschaft haftenden Schulden ausgezahlten Vermächtnisse zu restituiren, und gestatteten den Gläubigern, zur Revocation derselben, *utiliter* die Paulianische Klage.

Einen zweyten Fall, dass auch die Paulianische Klage den Gläubigern *utiliter* verstattet wird, ob es gleich an den zur Anstellung derselben nöthigen Requisiten mangelt, trägt *Ulpian* in der *L.* 10, §. 10 *D. quae in fraud. creditor.* vor. Ich will zuvor die Worte des Gesetzes selbst hersetzen, und hernach darüber commentiren.

Si quid in fraudem creditorum fecerit filius, qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus, quod se miscuerat; vel si quis fecit, (heres,) voluntarius etiam, vel per aetatem, vel quam (aliam) causam iustam in integrum meruit restitutionem: dicendum erit, utilem actionem competere. Idem et in servo necessario. Sane cum illa distinctione hoc admittendum esse Labeo scribit, ut siquidem protinus bona vendiderunt creditores; (vel) absentibus, (vel) paciscentibus creditoribus se necessarius miscuit: utriusque fraus revocetur, id est, testatoris, et ipsius. Si vero passi sunt necessarium creditores, et quasi in creditum habuerunt nomen eius, vel dulcedine usurarum, vel qua alia ratione secuti (sunt): dicendum est, nihil revocari ex his, quae testator alienavit.

In dem Gesetze ist von einem Noth- oder andern freywilligen Erben die Rede, welcher sich in die Erbschaft einmischte, etwas davon zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger betrüglich veräusserte, und nunmehr, vermöge des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sich der Erbschaft wieder entschlug. *Ulpian* verstattet hier den Gläubigern *utiliter* die Paulianische Klage, um die zu ihrem Nachtheile veräusserten Erbschaftsstücke zu revociren, unterscheidet jedoch mit dem *Labeo:* ob die Gläubiger um die Antretung der Erbschaft nicht gewusst haben, oder ob solche mit ihrem Wissen und Willen geschah. Im erstern Falle erlaubt er ihnen, nicht nur diejenigen betrüglichen Veräusserungen, welche der Erblasser, sondern auch die, welche der Erbe unternommen hatte, anzufechten und umzustossen. Im letztern Falle hingegen sollen die Gläubiger nur die betrüglichen Veräusserungen des Erben, nicht aber die des Erblassers, umzustossen berechtigt seyn. Das Gesetz enthält eine Mischung verschiedener Fälle, wo theils die Paulianische Klage directe unläugbar Statt findet, und voraus gesetzt wird; theils wo sie nicht eigentlich Statt hat, aber den Gläubigern *utiliter* verliehen wird. Es muss daher die gehörige Absonderung getroffen werden, wenn man den Punkt treffen will, wo die Gläubiger *utiliter* sich der Paulianischen Klage bedienen können.

Wenn ein Erbe eine verschuldete Erbschaft antritt, daraus etwas zum Nachtheile der Gläubiger betrüglicher Weise veräussert, und sich nun gegen die Antretung der Erbschaft des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, entweder wegen seiner Minderjährigkeit, oder aus einem andern recht-

mäſsigen Grunde bedient; ſo kommt er nunmehr aus aller Verbindung mit den Gläubigern des Erblaſſers, und es wird ſo angeſehen, als wenn er niemahls deren Schuldner geweſen wäre. Die Gläubiger können daher die von ihm unternommenen Erbſchaftsveräuſserungen nicht mit der eigentlichen Paulianiſchen Klage revociren, indem dieſe immer einen Schuldner voraus ſetzt, der in der betrügeriſchen Abſicht, ſeine Gläubiger um ihre Befriedigung zu bringen, eine Verringerung ſeines Vermögens vorgenommen hat; der Erbe aber, wegen des gebrauchten Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, gegenwärtig in Beziehung auf die Gläubiger nicht mehr als Schuldner, ſondern wie ein Fremder zu betrachten iſt, und auch bey der Vermögensverringerung ſelbſt in dieſer Qualität genommen werden muſs, weil nach erlangter Reſtitution die Erbſchaftsantretung als gar nicht geſchehen angeſehen wird. Damit nun aber die Gläubiger durch ſolche bösartige Handlungen des Erben keinen Schaden leiden mögen, ſo wird ihnen hier die Paulianiſche Klage *utiliter* zur Revocation dieſer von dem reſtituirten Erben unternommenen Veräuſserungen geſtattet. Zugleich wird auch in dem Geſetze einer Revocation der von dem Erblaſſer ſelbſt böslicher Weiſe zum Nachtheile ſeiner Gläubiger unternommenen Vermögensverringerung gedacht. Dieſe geſchieht mit der *Actio Pauliana directa*, weil hier die zur Anſtellung derſelben nöthigen Erforderniſſe vorhanden ſind.

Die Gläubiger können ſich alſo in ſolchem Falle der Paulianiſchen Klage doppelt bedienen, nämlich: 1. der *Actio Pauliana directa* zur Revocation der von dem Erblaſſer, 2. der *Actio Pauliana utilis* zur Revocation der von dem Erben böslicher Weiſe unternommenen Vermögensverringerung. Jedoch wird ihnen die erſtere in dem Falle abgeſprochen, wenn der Erbe mit ihrem Wiſſen und Willen die Erbſchaft angetreten hat. Und warum? Der Entſcheidungsgrund iſt in dem Geſetze deutlich angegeben: weil man in ſolchem Falle annehmen muſs, daſs ſie ſich nicht mehr an die Erbſchaftsmaſſe, ſondern vielmehr an den Erben halten, und alle Verbindlichkeiten, womit ihnen der Verſtorbene verhaftet war, auf dieſen haben übergetragen wiſſen wollen. Es wird alſo dieſes Verhalten der Gläubiger wie eine ſtillſchweigende Verzichtsleiſtung auf die Paulianiſche Klage, die ihnen ſonſt zur Revocation der von dem Erblaſſer böslicher Weiſe unternommenen Vermögensverringerung zugeſtanden haben würde, angeſehen.

Ausserdem gedenkt noch *Papinian* eines Falles in der *L.* 18 *D. quae in fraud. credit.*, wo, wenigstens nach älterm Rechte, die Paulianische Klage den Gläubigern *utiliter* verstattet worden war, obgleich in der Folge wegen der veränderten Rechtsbegriffe die *Actio Pauliana directa* angestellt werden konnte. *Papinian* verstattet in dem angeführten Gesetze den Gläubigern *utiliter* gegen den Schuldner die Paulianische Klage, welcher ein ihm zuständiges Pfandrecht betrügerischer Weise erlassen, oder wenigstens nicht verfolgt hatte. Aber, passen denn nicht die Grundsätze von der eigentlichen Paulianischen Klage auf den vorliegenden Fall? Ist nicht die Remission eines Pfandrechts hier als eine wirkliche Schenkung zu betrachten?

Ich muss gestehen, die Erklärung dieses Gesetzes hat ihre Schwierigkeiten. *Hänleins* [e]) Behauptung, welcher annimmt, dass der Rechtsgelehrte hier um desswillen den Gläubigern die Paulianische Klage zugestanden habe, weil die Remission des Pfandrechts nach dem ältern Rechte nicht als eine Schenkung angesehen worden, indem der Schuldner noch immer wegen des Capitals dem Gläubiger verhaftet geblieben sey, befriedigt mich im mindesten nicht. Auch nach dem neuern Römischen Rechte begreift die Rückgabe des Unterpfandes noch keine Schenkung des Capitals selbst in sich.

Irre ich nicht, so ist der Grund, warum *Papinian* hier den Gläubigern nur *utiliter* die Paulianische Klage verstattet, dieser: weil man ehedem die Erlassung eines Pfandrechts nicht für so wichtig hielt, um den Gläubigern zur Revocation desselben die Paulianische Klage zu verstatten. Da man aber in der Folge einsah, dass auch die von dem Schuldner geschehene Erlassung eines Pfandrechts für die Gläubiger nachtheilig seyn konnte, so verstattete man ihnen *utiliter* diese Klage. Hernach wurde den Gläubigern auch in solchem Falle die Paulianische Klage directe gestattet, wie aus der Ulpianischen Erklärung des prätorischen Edicts in der *L.* 2 *D. quae in fraudem creditor.*, wo er die Remission eines Pfandrechts zu den mit der Paulianischen Klage zu revocirenden schuldnerischen Alienationen rechnet. So stelle ich mir die Sache vor. Indess gebe ich diese meine Vorstellungsart für nichts mehr als eine blosse Conjectur aus, von der ich jedoch glaube, dass sie ziemlich den Gesetzen anpassend ist.

e) *A. a. O.*, §. 21.

Eigentlich ist nur die Paulianische Klage den Gläubigern zu dem Ende gestattet, um solche von dem Schuldner unternommene Verringerungen seines Vermögens umzustossen, wodurch ein Dritter Vortheil erhalten hat, oder überhaupt auf denselben etwas übergetragen worden ist. Indess giebt es auch Fälle, dass selbst gegen einen Gläubiger die Paulianische Klage von den übrigen Gläubigern angestellt, und dasjenige, was von dem Schuldner auf ihn ist übergetragen worden, zurück gerufen werden kann. Bey der Beantwortung der Frage: in wie fern von den Gläubigern gegen einen aus ihrem Mittel die Paulianische Klage angestellt werden kann, ist ein doppelter Fall zu unterscheiden, nämlich: 1. der, wenn der Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* etwas aus seinem Vermögen auf einen seiner Gläubiger, ohne alle Rücksicht auf dessen Anforderung, übertrug; und 2. der Fall, wenn diese Uebertragung mit Rücksicht auf die Forderung dieses Gläubigers geschah. Im ersten Falle muss auf den Gläubiger alles dasjenige angewendet werden, was alsdann Statt findet, wenn gegen einen dritten Acquirenten die Paulianische Klage Statt finden soll, und wovon ich oben weitläuftig gehandelt habe. Denn da ausser seiner Forderung der Gläubiger immer als ein Dritter anzusehen ist, so sehe ich keinen Grund ein, warum auch nicht das auf ihn angewendet werden sollte, was von einem Dritten gilt, wenn auf diesen der Schuldner etwas aus seinem Vermögen übergetragen hat.

Ist hingegen zweytens diese Uebertragung von dem Schuldner auf den Gläubiger in Rücksicht auf dessen Forderung geschehen, so findet hier eine ganz andere Entscheidung Statt. Dahin gehören die Fälle, wenn der Schuldner vor der *Cessio* oder *Immissio* einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet, oder demselben etwas an Zahlungsstatt zugeschlagen, oder ihm wegen seiner Ansprüche ein Pfandrecht verliehen hat. — Ich will zuvörderst von dem Falle reden, wenn der Schuldner einen Gläubiger bezahlt, oder ihm etwas von seinem Vermögen an Zahlungsstatt zugeschlagen hat, und hernach von dem Falle, wenn er demselben ein Pfandrecht verliehen hat; denn in jedem Falle finden wir besondere Entscheidungen in den Gesetzen, so dass, was von dem einen Falle gilt, nicht auf den andern durchgängig angewendet werden kann.

Hat A. der Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet, oder etwas von seinem Ver-

mögen demselben an Zahlungsstatt zugeschlagen, so kann solches von den übrigen Gläubigern in der Regel nicht vermittelst der Paulianischen Klage zur Masse zurück gerufen werden, ohne Unterschied, es möge der Schuldner solches freywillig oder auf den Antrieb dieses Gläubigers gethan haben, — es möge ferner der Gläubiger, welchem die Zahlung geleistet, oder etwas an Zahlungsstatt zugeschlagen wurde, ein bevorzügter oder nur ein schlechter Gläubiger gewesen seyn, indem es hier an den Erfordernissen zur Anstellung der Paulianischen Klage gänzlich fehlt. Denn so läßt sich 1. nicht annehmen, daſs der Schuldner bey dieser seiner Handlung die Absicht gehabt habe, die andern Gläubiger zu hintergehen, zumahl da selbst die Gesetze verordnen, daſs von einem jeden, welcher Zahlung leistet, vielmehr vermuthet werden soll, daſs er dabey weiter keine Absicht gehabt habe, als sich von einer ihn drückenden Verbindlichkeit zu befreyen. f) Eben so wenig läßt sich auch 2. auf Seiten des Gläubigers, welcher von dem Schuldner die Zahlung entgegen nahm, hier eine betrügerische Absicht annehmen, indem er weiter nichts that, als die Leistung einer Verbindlichkeit empfing, womit ihm der Schuldner verhaftet war. Es kann auch dem Gläubiger nicht zur Last gelegt werden, wenn er gleich wuſste, daſs der Schuldner bereits nicht mehr im Stande war, allen seinen Gläubigern Zahlung zu leisten, und es daher vielleicht bald zur Vermögensveräusserung kommen werde; vielmehr bestätigen die Gesetze seine Handlung als die Handlung eines auf die Erhaltung seines Vermögens aufmerksamen und wachsamen Menschen. *Sciendum est*, (lehrt *Ulpian* in der *L.* 6, §. 7 *D. quae in fraudem creditorum,*) *Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse, recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit.*

Zwar möchte es scheinen, als wenn der Gläubiger vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* nur dann von dem Schuldner die Zahlung gültig entgegen nehmen könne, wenn nämlich derselbe ihm freywillig solche dargeboten hat, nicht aber alsdann, wenn solche auf den Antrieb dieses Gläubigers geleistet ist. Denn so sagt *Scävola* in der *L.* 24 *D. quae in fraudem credito-*

f) *L.* 21 *D. de peculio.*

rum: Quid ergo, si cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam: an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? et si extorserim invito, revocetur? si non extorserim, non revocetur? etc. Allein, erwägt man das Gesetz mit der gehörigen Aufmerksamkeit, so ergiebt sich daraus folgende Erklärung: Der Rechtsgelehrte setzt hier einen Gläubiger, welcher durch gesetzliche Mittel [g]) zu seiner Bezahlung zu gelangen bemüht gewesen ist, demjenigen entgegen, welcher durch unerlaubte Mittel, wohin die Privat-Gewaltthätigkeit gehört, [h]) solche erhalten hat. Dem letztern kann von dem Schuldner um desswillen nicht gültige Zahlung geleistet werden, weil er sich unerlaubter und strafbarer Mittel bediente, zu seinem Zwecke zu gelangen, mithin die Zahlung als nicht geleistet angesehen, und den Gläubigern daher die Revocation derselben gestattet werden muss. Trieb also der Gläubiger den Schuldner an, ihm Zahlung zu leisten, und bediente sich gesetzlicher Mittel, solche von ihm zu erhalten, so muss er zu den wachsamen Gläubigern gerechnet und die ihm geleistete Zahlung als gültig angenommen werden.

Erklären gleich die Gesetze eine von dem Gläubiger durch Privat-Gewaltthätigkeit erzwungene Zahlung für ungültig, und erlauben den übigen Gläubigern, solche vermittelst der Paulianischen Klage zu revociren, so muss doch von dieser Bestimmung alsdann eine Ausnahme gemacht werden, wenn dem Gläubiger die Hülfe der Obrigkeit entweder ganz fehlte, oder doch wenigstens zu spät herbey gekommen seyn würde, in welchem Falle überhaupt von den Gesetzen eine gemäsigte Privat-Gewaltthätigkeit für erlaubt erklärt wird. Dies bestätigt auch *Ulpian* in der *L.* 10, §. 16 *D. quae in fraudem creditorum*, wenn er sagt: *Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debeatur: placet Iuliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit, an postea: si ante, cessare actionem, si postea, huic locum fore.*

g) Dahin gehört zum Beyspiel die Interpellation, Ausübung des Retentions-Rechts, Arrestanlegung, und dergleichen gesetzliche Mittel mehr.

h) *L.* 13 *D. quod met. causa. L.* 7 *C. unde vi.*

Der Hauptgrund, warum die übrigen Gläubiger, wenn der Schuldner einem aus ihrem Mittel, vor geschehener *Cessio* oder *Immissio*, Zahlung geleistet hat, sich in der Regel darüber nicht beschweren und die geleistete Zahlung zurück fordern können, liegt ohne Zweifel darin, weil damahls noch von den Vorzügen der Gläubiger unter einander nicht die Rede seyn konnte, sondern hierüber alsdann erst die Frage entstehen kann, wenn bereits das Schuldenwesen ausgebrochen ist. So lange also dies noch nicht geschehen ist, kann dem Schuldner nicht aufgebürdet werden, bey der Zahlung auf die Vorzüge der Gläubiger Rücksicht zu nehmen, sondern es muss in seinem Belieben stehen, welchem er zuerst die Zahlung leisten will, wenn ihn nicht einer oder der andere seiner Gläubiger dazu nöthigt, ihm früher, als vielleicht sonst geschehen seyn würde, Zahlung zu leisten. i)

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen, und wo sich doch die übrigen Gläubiger der Paulianischen Klage zur Revocation solcher einem aus ihrem Mittel geleisteten Zahlung bedienen können, trägt *Scävola* in der *L.* 24 *D. quae in fraudem creditorum* vor, welches Gesetz aus seinem *Libro singulari quaestionum publice tractatarum* genommen ist, mit welcher wir uns wegen ihrer Wichtigkeit ausführlicher bekannt machen müssen. *Pupillus*, (sagt er,) *patri heres exstitit, et uni creditorum solvit, mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt, an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam caeteri creditores. An, distinguimus, per gratificationem acceperit; an non? ut, si per gratificationem tuto-*

i) Hat jedoch der Schuldner dem Gläubiger eine Sache an Zahlungsstatt hingegeben, die einem andern Gläubiger verpfändet war, so kann dieser vermittelst der hypothekarischen Klage die Sache zurück fordern. Denn wenn gleich die Verpfändung die Befugniss des Schuldners, die verpfändete Sache zu alieniren, nach *L.* 12 *C. de distractione pignorum*, nicht aufhebt, so geht doch das Pfandstück mit seiner Last auf jeden Besitzer über. Ein hypothekarischer Gläubiger fordert daher die ihm verpfändete Sache *indistincte* zurück, wenn sie einem chirographarischen an Zahlungsstatt von dem Schuldner zugeschlagen war. Und eben so ein älterer hypothekarischer Gläubiger, wenn sie einem jüngern an Zahlungsstatt hingegeben ist. *Leyser Meditat. ad Pandect.*, Spec. 495, Medit. 4. Hat der Gläubiger die ihm an Zahlungsstatt gegebene Pfandsache *bona fide* consumirt, so können alsdann die Pfandgläubiger nicht weiter sich an ihn halten. Vergleiche *Gottlob Euseb. Oeltze* in der D. *de creditore sibi vigilante*, Ienae 1770, §. 32.

rum, revocetur ad eandem portionem, quam caeteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, caeteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit creditor, revocari nullo modo potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debent. Ein Pupill wurde Erbe seines Vaters und bezahlte mit Concurrenz der Vormünder einem Erbschaftsgläubiger, enthielt sich hierauf der väterlichen Erbschaft, und nun entstand über selbige ein Schuldenwesen. Es entstand die Frage, ob die andern Gläubiger vermittelst der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurück fordern könnten, und der Rechtsgelehrte verneint solches, ausser wenn der Gläubiger *per gratificationem* der Vormünder des Pupillen die Zahlung erhalten hat, wo er den übrigen Gläubigern die Paulianische Klage gestattet wissen will. Unter *gratificatio* versteht hier *Scävola* eine vorzügliche Begünstigung dieses Gläubigers mit Hintansetzung anderer Gläubiger, wie aus andern Gesetzstellen deutlich erhellt, wo das Wort: *gratificatio*, in dieser Bedeutung angetroffen wird. [k]) Es ergiebt sich auch aus dem ganzen Zusammenhange der in dem Gesetze enthaltenen Frage, dass *Scävola* mit diesem Worte keine andere als die von mir angegebene Bedeutung habe verbinden wollen.

Joseph Fernandez de Retes, [l]) der beste Ausleger dieses Gesetzes, welchem noch in neuern Zeiten vorzüglich *Walch* [m]) gefolgt ist, nimmt an, dass die Entscheidung dieses Gesetzes auf den darin enthaltenen Fall eingeschränkt werden müsse, und den Gläubigern nicht *indistincte* die Paulianische Klage zu gestatten sey, wenn ein Gläubiger, vermöge einer besondern Begünstigung des Schuldners, die Zahlung erhalten habe, um solche zu revociren; indem der Rechtsgelehrte *Scävola* bey seiner Entscheidung auf besondere nur auf den vorliegenden Fall passende Gründe Rücksicht genommen habe.

k) *L.* 4 *ad Sct. Trebell.* *L.* 27, §. 14 *D. ad legem Iuliam de adulteriis.* *L. ult. de Religiosis.*

l) *Opusculorum* Lib. 3, ad *L.* 24 *D. quae in fraudem creditorum;* in Gerhard Meermanns *Thesaur. iuris civilis et canonici*, pag. 185.

m) In der D. *de iure prioritatis, in fraudem aliorum creditorum impetrato*, Ien. 1790, §. 16.

Allein, diese Meinung läſst sich, meiner Einsicht nach, um deſswillen nicht rechtfertigen, weil kein Grund abzusehen ist, warum das, was von dem Pupillen als Erben des Schuldners gilt, nicht auch von dem Schuldner selbst gelten soll, dessen Person doch der Erbe repräsentirt. Ueber dies beruht die Entscheidung des *Scävola* in diesem Gesetze nicht auf besondern, nur auf den vorgetragenen Fall passenden Gründen; sondern es liegt vielmehr bey dieser Entscheidung ganz allgemein die Billigkeit zum Grunde. Es schien dem Rechtsgelehrten unbillig, daſs ein Gläubiger, mit Hintansetzung der andern, von den Vormündern des Pupillen begünstigt werden sollte, und daher verstattete er den andern Gläubigern die Paulianische Klage. Zu allem diesem kommt noch hinzu, daſs derjenige Schuldner, welcher die Absicht, einen Gläubiger vorzüglich zu begünstigen, blicken läſst, die gute Meinung von sich entfernt, welche sonst die Gesetze von dem Zahlung leistenden Schuldner haben, und sich höchst verdächtig macht, daſs er die übrigen Gläubiger habe hintergehen wollen. Redet also gleich *Scävola* hier von einem besondern nur den Pupillen betreffenden Falle, so kann doch, vermöge der Analogie, diese Entscheidung weiter ausgedehnt und der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden: daſs, wenn der Schuldner einem Gläubiger vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* aus besonderer Begünstigung Zahlung geleistet, und die andern Gläubiger ausdrücklich hintan gesetzt hat, von diesen die geleistete Zahlung vermittelst der Paulianischen Klage zurück gefordert werden könne. Und dieser Ausdehnung stimmen nicht nur die angesehensten Rechtslehrer bey, [n]) sondern es wird auch selbige von dem Gerichtsbrauche bestätigt.

Aber wenn kann man nun sagen: der Schuldner habe bey der Zahlung den Gläubiger, welchem er solche leistete, mit Hintansetzung der übrigen Gläubiger begünstigen wollen? Diese Frage entscheidet *Scävola* nicht, auch ist sie in keinem andern Gesetze entschieden, und muſs daher aus der Natur der Sache ihre Entscheidung erhalten. Bey die-

n) *David Georg Struben* rechtliches Bedenken, Th. 1, No. 105; *Wernher* in *selectis observationibus forensib.*, Vol. 2, Observ. 147; *Samuel Stryck* in *Cautel. contractuum*, Sect. 4, Cap. 1, §. 10; *Rhetius* in der D. *de non gratificando*, P. 1, Cap. 2; *Oeltze a. a. O.*, §. 25; *Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 19.

ser Entscheidung muss, wie ich dafür halte, nicht auf die besondere Zuneigung des Schuldners etwa gegen einen oder den andern Gläubiger allein Rücksicht genommen werden, sondern auch zugleich darauf, ob eine wirkliche Zurücksetzung der übrigen Gläubiger vorhanden ist. Ich will mich bemühen, durch aus der Analogie der Römischen Gesetze abgeleitete Regeln zu bestimmen, wenn wegen einer solchen schuldnerischen Begünstigung den übrigen Gläubigern die Paulianische Klage zur Revocation der einem Gläubiger geleisteten Zahlung zugestanden, und wenn sie denselben wegen nicht vorhandener Gratification abgesprochen werden muss.

I. Wenn kein Gläubiger auf seine Zahlung dringt oder wachsam ist; so kann vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* der Schuldner zahlen, wem er von seinen Gläubigern will, sollte es auch kurz vor dem Ausbruche des Schuldenwesens geschehen, und thut er dieses, so können die andern die Zahlung nicht revociren. Denn erstens muss doch der Schuldner einem zuerst Zahlung leisten, und steht die Wahl dabey in seinem Belieben, weil so lange, als das Schuldenwesen noch nicht ausgebrochen ist, noch kein Prioritäts - Recht unter den Gläubigern gedacht werden kann. Es können auch zweytens die andern Gläubiger hier nicht vorwenden, dass sie von dem Schuldner zurück gesetzt worden sind, indem eine Zurücksetzung erfordert, dass mehrere sich um etwas ausdrücklich bewerben, und einer dem andern vorgezogen, und ihm solches mit Ausschliessung desselben gereicht wird; dies aber hier in Ansehung der andern Gläubiger nicht gesagt werden kann. Wollten daher auch die andern Gläubiger beweisen, dass der Schuldner bey der geleisteten Zahlung die Absicht gehabt habe, von diesem Gläubiger die Unannehmlichkeiten des bevor stehenden Schuldenwesens abzuwälzen, oder ihm zu seiner Bezahlung zu verhelfen, weil er vielleicht beym Schuldenwesen selbst nichts erhalten möchte, so kann ihnen doch nicht die Paulianische Klage gestattet werden, weil nicht alle zur Gratification erforderliche Eigenschaften vorhanden sind.

II. Wenn ein Gläubiger auf seine Zahlung dringt, die andern hingegen nicht, und ihm nun der Schuldner Zahlung leistet; so findet keine Revocation vermittelst der Paulianischen Klage von Seiten der

übrigen Gläubiger Statt, weil hier an gar keine Gratification zu denken ist; es wäre denn, dass der Schuldner mit diesem Gläubiger colludirt hätte, welches aber, wie sich schon ohne meine Erinnerung versteht, nicht vermuthet werden kann, sondern von den Gläubigern bewiesen werden muss. Eine solche Collusion würde vorhanden seyn, wenn der Schuldner dem Gläubiger von seinem Vermögenszustande heimlich Nachricht gegeben, und ihn zur Wachsamkeit, um die übrigen Gläubiger zu hintergehen, aufgemuntert hätte.

III. Wenn mehrere Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, und der Schuldner diejenigen befriedigt, welche ihm am meisten zusetzen; so können die andern ebenfalls wachsamen Gläubiger die geleistete Zahlung nicht anfechten, indem sich hier auf Seiten des Schuldners kein *animus gratificandi* um deswillen annehmen lässt, weil jeder Schuldner bemüht ist, sich diejenigen Gläubiger am ersten vom Halse zu schaffen, welche ihn wegen der Leistung der Bezahlung am meisten ängstigen.

IV. Wenn einige Gläubiger des Schuldners auf ihre Bezahlung dringen, der Schuldner sie aber unbezahlt lässt, und einen andern Gläubiger, welcher gar nicht auf seine Bezahlung drang oder wachsam war, befriedigt; so können diese Gläubiger solche von dem Schuldner geleistete Zahlung mit der Paulianischen Klage anfechten und revociren, indem aus der ganzen Vorkommenheit die Absicht des Schuldners, den Gläubiger, welchem er Zahlung leistete, mit Hintansetzung der andern Gläubiger zu begünstigen, erhellt. Es würden auch in solchem Falle die Gläubiger der Führung des Beweises überhoben werden müssen, dass der Schuldner die Absicht, denjenigen Gläubiger, welchem er Zahlung leistete, zu begünstigen gehabt habe, indem das Factum selbst solches schon deutlich genug an den Tag legt. Eben dies ist

V. der Fall, wenn mehrere Gläubiger gleich stark auf ihre Bezahlung angedrungen oder in gleicher Masse wachsam gewesen sind, der Schuldner aber einen von ihnen vorgezogen und demselben Zahlung geleistet hat. Hier können die andern mitwachenden Gläubiger die geleistete Zahlung revociren; denn wollte hier der Schuldner

ohne Gratification zu Werke gehen, so musste er diesen gleich stark wachenden Gläubigern allen, *pro rata* zahlen. Endlich

VI. Wenn mehrere Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, allein nicht alle gleich stark andringen oder wachsam sind, sondern sich verschiedene Grade der Wachsamkeit in Ansehung ihrer annehmen lassen; so kann die Revocation desjenigen, was einem oder mehrern von ihnen ist bezahlt worden, so oft geschehen, als der Schuldner nicht die *Gradus vigilantiae* beobachtet, sondern einen Nachlässigern dem Wachsamern vorgezogen hat, in welchem Falle jedoch nur diesem immer ausschliesslich das *Ius revocandi* zuständig ist. o)

Ob der Gläubiger, welcher vermöge einer vorzüglichen Begünstigung des Schuldners vor entstandenem Schuldenwesen Zahlung erhalten hat, mit um diese Absicht des Schuldners wissen müsse, ist in den Gesetzen nicht entschieden. Oeltze p) behauptet solches aus dem Grunde, weil die Zahlung einen *Titulus onerosus* zum Grunde führe, und wenn die Paulianische Klage gegen jemanden angestellt werden soll, welcher *titulo oneroso* etwas von dem Schuldner erhalten hat, immer dazu erfordert werde, dass er sich des von dem Schuldner begangenen Betrugs theilhaftig gemacht habe. Allein, kann gleich auf Seiten des Gläubigers der Empfang der Zahlung nicht wie eine *Causa lucrativa* angesehen werden, so kann sie jedoch auch hier von Seiten des Schuldners nicht wie eine *Translatio titulo oneroso facta* angenommen werden, indem ein *Titulus onerosus*, wie ich oben gezeigt habe, voraus setzt, dass von dem Empfänger etwas dagegen geleistet oder übernommen wird, und dies hier nicht der Fall ist, wo der Gläubiger das dem Schuldner angeliehene Geld nur bloss entgegen

o) Ganz kurz fasst Gmelin, *a. a. O.*, §. 19, diese Lehre folgender Gestalt: „Ueberhaupt", (sagt er,) „sind hier drey Fälle „möglich, welche diese ganze Lehre umfassen. Entweder hat der Schuldner „einen Gläubiger bezahlt, der am meisten unter allen gewacht und am meisten „auf seine Bezahlung gedrungen hat; oder „er hat einen befriedigt, der im gleichen „Grade mit den übrigen wachsam gewesen „ist; oder endlich, er hat den vorgezogen, „der unter den Gläubigern der saumseligste „war. Im ersten Falle können die übrigen Gläubiger die bezahlte Summe nicht „mehr zurück fordern, auf den zweyten „und dritten Fall aber kann die Paulianische Klage mit gutem Grunde angewendet werden.

p) *A. a. O.*, §. 26.

nimmt. Diesem zu Folge muss die geleistete Zahlung so angesehen werden, als wenn *titulo lucrativo* etwas auf den Gläubiger gekommen ist, mithin ist es nicht nöthig, dass der Gläubiger mit um die Absicht des Schuldners gewusst haben müsse, sondern die geschehene Gratification allein berechtigt die übrigen Gläubiger, nach den vorhin angegebenen Grundsätzen, mit der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurück zu fordern. Diese meine Behauptung wird nicht nur durch die oben angeführte *L. 24 D. quae in fraudem creditorum* bestärkt, wo die Gratification ganz allein als hinlänglicher Grund zur Revocation angenommen wird, sondern auch durch die Analogie der *L.* 6, §. 7 *D. quae in fraudem creditorum* q) so hinlänglich unterstützt, als dass ich sie bloss für gewagt halten sollte.

Wir kommen nun B. auf den Fall, wenn der Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht verliehen hat, um denselben wegen seiner Forderung desto mehr zu sichern, und wollen auch hier untersuchen, in wie fern den übrigen Gläubigern zur Revocation dieser Handlung des Schuldners die Paulianische Klage zuständig sey.

Da der Schuldner vor geschehener *Immissio* oder *Cessio* uneingeschränkter Herr seines Vermögens ist, und einem Gläubiger, so bald er sich nur keiner Gratification schuldig macht, gültig Zahlung leisten kann; so läfst sich auch kein Grund absehen, warum er nicht eben so gut einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht sollte zugestehen können, wenn auch diese Concession zu einer Zeit geschieht, da bereits ein Schuldenwesen bevor steht; ohne Unterschied, dieses Pfandrecht mö-

q) Nach diesem Gesetze wird es überhaupt dem Gläubiger nicht zur Last gelegt, wenn er seine Bezahlung entgegen nimmt, ob er gleich weiss, dass das Vermögen des Schuldners unzureichend ist, alle seine Gläubiger zu befriedigen, mithin leicht einsehen kann, dass vielleicht die ihm geleistete Bezahlung andern Gläubigern, die bessere Rechte haben, nachtheilig seyn möchte. Nimmt man hier die Analogie zu Hülfe, so kann man es dem Gläubiger eben so wenig imputiren, wenn er seine Bezahlung entgegen nimmt, ob er gleich weiss, dass der Schuldner ihn besonders begünstigen will. Der Grund, warum den Gläubigern hier die Paulianische Klage gestattet wird, ist wahrlich kein anderer, als dieser, weil man es für unbillig hielt, dass sie durch eine unerlaubte Gratification des Schuldners zu kurz kommen sollten, ohne dass man darauf Rücksicht nahm, ob der Gläubiger, der von dem Schuldner begünstigt wurde, mit um diese Begünstigung wusste oder nicht.

ge einem schon vorhandenen, bis dahin blofs chirographarischen Gläubiger bestellt werden, oder einem Gläubiger, welchen er eben jetzt erst erhält. In dem Römischen Rechte finden sich jedoch, was die einem chirographarischen Gläubiger von dem Schuldner erst nachher geschehene Bestellung eines Pfandrechts betrifft, verschiedene Gesetze, welche den übrigen Gläubigern das Recht zugestehen, solche Bestellung des Pfandrechts zu vernichten, wenn nämlich dasselbe ihnen nachher wegen ihrer Befriedigung nachtheilig werden sollte. Ich will diese Gesetze zuvörderst hersetzen, und dann den wahren Sinn derselben zu entwickeln mich bemühen.

L. 10, §. 13 *D. quae in fraudem creditorum: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit: hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.*

L. 13 *D. eod.: Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri: suo enim iure, et ut pignus, non rei servandae causa, possidet.*

L. 22 *D. eod.: Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem caeterorum creditorum factum nullius momenti esset? Respondit, creditorem, non idcirco prohibendum, a persecutione pignorum, quod in vetus creditum, ut obligaretur, pactum esset: nisi id in fraudem caeterorum creditorum factum sit, et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.*

In den hier wörtlich angeführten Gesetzen herrscht beym ersten Anscheine ein offenbarer Widerspruch. In dem ersten Gesetze, welches aus dem *Lib.* 73 *Ulpians ad Edictum* genommen ist, wird ausdrücklich gesagt, dafs, wenn einem Gläubiger wegen einer schon vorher contrahirten Schuldforderung[r]) ein Pfandrecht vom Schuldner ist verliehen worden, die übrigen

r) Die Worte: *in vetus creditum*, wollen hier weiter nichts andeuten, als eine schon vorhandene Schuldforderung, ehe noch das Pfandrecht bestellt wurde. Denn wird gleich in verschiedenen Gesetzstellen das Wort: *vetus*, von etwas gebraucht, was sich vor langer Zeit, wenigstens vor 10 und 20 Jahren, zugetragen hat; so findet man dagegen in andern Gesetzstellen sehr häufig, dafs es auch von dem gebraucht wird, was sich kurz vorher zugetragen hat, ehe noch dasjenige geschah, worauf es sich beziehen soll. So nennt z. B. *Papinian* in der *L.* 97 *D. de solut.* jeden vorher gehenden Contract in Beziehung auf denjenigen, wovon gegenwärtig die Rede ist, einen *Contractum vetustiorem*. Mehrere Beyspiele, wodurch sich diese Behauptung bestätigt, sehe man

Gläubiger ſolches vermittelſt der Paulianiſchen Klage umzuſtoſsen berechtigt ſeyn ſollen. In dem zweyten Geſetze, welches aus dem *Lib.* 68 des *Paulus ad Edictum* genommen iſt, wird die Erwerbung eines ſolchen Pfandrechts hingegen durchaus für gültig erklärt. Nach dem dritten Geſetze, welches aus dem *Lib.* 5 *Reſponſorum* des *Scävola* genommen iſt, ſollen die übrigen Gläubiger das einem Gläubiger auf ſeine bereits ſchon vorhandene Schuldforderung beſtellte Pfandrecht nur dann anzufechten berechtigt ſeyn, wenn ſolche Beſtellung von dem Schuldner in der Abſicht geſchehen iſt, um ſie dadurch zu hintergehen und ihnen dieſen Gläubiger vorzuziehen.

Leyſer [s]) glaubt dieſe anſcheinend widerſprechenden Geſetze dadurch zu vereinbaren, daſs er behauptet, *Scävola* habe in der *L.* 22 *D. quae in fraudem creditorum* den vorher dieſes Punkts halber obwaltenden Diſsens zwiſchen der Entſcheidung *Ulpians* und *Paulus* dadurch gehoben, daſs er zwiſchen einer betrügeriſchen und nicht - betrügeriſchen Verpfändung des Schuldners einen Unterſchied gemacht, und im erſtern Falle, nicht aber in dem letztern, den Gläubigern die Paulianiſche Klage geſtattet habe. Allein dies kann um deſswillen nicht richtig ſeyn, weil *Scävola* lange vor dem *Ulpian* lebte, mithin deſſen Grundſätze ihm unbekannt ſeyn muſsten. Vielmehr iſt es höchſt wahrſcheinlich, daſs *Ulpian* bey ſeiner Entſcheidung in der *L.* 10, §. 13 *D. quae in fraudem creditorum* den *Scävola* vor Augen gehabt hat, indem er ſich deſſen Worte: *in vetus creditum*, zu eigen macht. Dieſe Vermuthung gewinnt dadurch noch mehr Gewicht, daſs *Ulpian* den *Scävola* immer ſehr ſchätzte und ſeine Meinung in vielen Geſetzſtellen überaus lobt und empfiehlt. [t]) Sehr wahrſcheinlich iſt es alſo, daſs *Ulpian* bey ſeiner Entſcheidung auffinden laſſen, indem nicht abzuſehen iſt, warum hier von einer kurz zuvor contrahirten Schuldforderung nicht eben dasjenige gelten ſoll, was von einer lange zuvor contrahirten gilt.

bey *Barnabas Briſſonius de verbor. ſignificatione*, Lib. XIX, p. 1549, und *Johann Wunderlich* in *Additamentis* ad *Barnab. Briſſonii opus de verborum ſignificatione, vocabulo: vetuſtus*, p. 103. Wollte man die Worte des Geſetzes: *in vetus creditum*, von einer bereits vor vielen Jahren contrahirten Schuld verſtehen, ſo würde ſich gar kein richtiger Grund der Entſcheidung auffinden laſſen, indem nicht abzuſehen iſt, warum hier von einer kurz zuvor contrahirten Schuldforderung nicht eben dasjenige gelten ſoll, was von einer lange zuvor contrahirten gilt.

s) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 495, Medit. 7.

t) Vergleiche *L.* 6 *D. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt; L.* 1, §. 4 *D. quando dies*

dung in der *L.* 10, §. 13 *D. quae in fraudem creditorum* die Distinction, welche *Scävola* in der *L.* 22 *eod.* macht, vor Augen gehabt habe, und seine Entscheidung nur bloss den Fall unterstelle, wenn der Schuldner einem chirographarischen Gläubiger wegen seiner Anforderung ein Pfandrecht, in der Absicht, um die übrigen Gläubiger dadurch zu betrügen, verliehen hatte. Diese Behauptung gewinnt dadurch noch mehr Stärke, dass in der ganzen *L.* 10 *D. quae in fraudem creditorum* immer der Fall der betrügerischen Absicht des Schuldners theils ausdrücklich, theils stillschweigend voraus gesetzt wird. [u]) Es würde sich auch im entgegen gesetzten Falle diese Entscheidung *Ulpians* nicht mit derjenigen vereinbaren lassen, welche von eben diesem Rechtsgelehrten herrührt und in der *L.* 2 *D. quae in fraudem creditorum* enthalten ist, wo er sagt: *idem erit probandum, et si pignora liberet, vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.* [v]) Denn dass der Text der *L.* 10, §. 13 *D. quae in fraudem creditorum*, wie einige Rechtslehrer glauben, fehlerhaft, und durch die Nachlässigkeit der Abschreiber, wie bey vielen Gesetzen der Pandecten der Fall ist, die Verneinungs-Partikel weggelassen worden sey, lässt sich nicht annehmen, indem dieses Gesetz mit denselben Worten nicht nur in dem Florentinischen Manuscripte der Pandecten, sondern auch in den Basilicis gefunden wird; hingegen die Conjectur, dass *Ulpian* einen Theil der Worte des *Scävola* hier habe wiederhohlen wollen, auf allen Seiten gewinnt. Vereinbart man auf diese Weise die oben angeführten, einander widersprechenden Gesetze, so ergiebt sich daraus folgendes Resultat: die Gläubiger können das einem aus ihrem Mittel vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* von dem Schuldner constituirte Pfandrecht nicht mit der Paulianischen Klage anfechten und vernichten, den einzigen Fall ausgenommen, wenn nämlich ein vorher chirographarischer Gläubiger sich erst hernach von dem Schuldner hat ein Pfandrecht bestellen lassen, und diese Bestellung in der bösli-

usus fr. legati cedat; L. 17 *D. de reb. credit.; L.* 2, §. 3 *D. de eo quod certo loco; L.* 1, §. 8 *D. quando de pecul. actio poenal. est; L.* 12, §. 1 und *L.* 43 *D. de iure dot.;* und unzählige andere Gesetze mehr.

u) *Iul. Pacius Centur.* X. Ἐναντιοφ., p. 714.

v) Vergleiche *Car. Frid. Walch* D. *de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato*, §. 11.

chen Abſicht von dem Schuldner geſchehen iſt, dieſen Gläubiger den andern vorzuziehen und denſelben ihre Befriedigung zu ſchmälern.

So weit von der geſetzlichen Entſcheidung. Jetzt kommen wir auf die Erörterung zweyer ſehr wichtiger Fragen, wovon die erſte dieſe iſt: Muſs jene geſetzliche Entſcheidung bloſs auf den Fall eingeſchränkt werden, wenn ein Schuldner einem bisher chirographariſchen Gläubiger erſt nachher betrüglicher Weiſe ein Pfandrecht verliehen hat, oder kann ſolche auch auf jeden Fall ausgedehnt werden, wenn der Schuldner einem ſeiner ſchon vorhandenen Gläubiger überhaupt ein Vorzugsrecht, (*Ius prioritatis*,) w) in der Abſicht verlieh, um die übrigen Gläubiger dadurch zu kränken und ihnen dieſen vorzuziehen? Ich glaube, allerdings. Denn unterſtellt gleich die geſetzliche Entſcheidung bloſs einen chirographariſchen Gläubiger, welchem der Schuldner auf ſeine bereits ſchon vorhandene Forderung betrügeriſcher Weiſe ein Pfandrecht verlieh, ſo iſt doch nicht abzuſehen, warum dieſe Entſcheidung nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden ſoll, wenn der Schuldner betrügeriſcher Weiſe einem ſchon vorhandenen Gläubiger ein Vorzugsrecht beygelegt hat. Daſs in der Entſcheidung des *Scävola* bloſs ein chirographariſcher Gläubiger untergeſtellt wird, kommt lediglich daher, weil dieſe Entſcheidung aus ſeinen *Libris reſponſorum* genommen iſt, wo dieſer Rechtsgelehrte auf ihm vorgelegte Rechtsfragen Antwort ertheilte. Ueber dies vermochten dieſen Rechtsgelehrten zu ſeiner Entſcheidung, wie aus der ganzen ſo deutlichen Darſtellung des Factums erhellt, nicht beſondere Gründe, welche die weitere Ausdehnung nicht geſtatten würden, ſondern er wurde dazu durch die Billigkeit bewogen, damit die übrigen Gläubiger durch ſolche betrügeriſche Handlung des Schuldners keinen Nachtheil empfinden möchten. x)

w) Hierher gehört vorzüglich der Fall, wenn der Schuldner das einem Gläubiger zugeſtandene Privat - Pfandrecht in ein öffentliches Pfandrecht verwandelt.

x) Wenn ich hier ein Geſetz, das ein *Reſponſum* eines Römiſchen Rechtsgelehrten enthält, ausdehnend erkläre, ſo muſs ich mich gegen Herrn Hofrath *Glück* in ſeiner *Erläuterung der Pandecten*, Th. 1, S. 258, rechtfertigen, welcher, nebſt andern daſelbſt angeführten Rechtslehrern, behauptet, daſs ſolches nicht angehe, indem ſich die in ſolchen Geſetzen enthaltenen Entſcheidungen auf lauter einzelne Anfragen und vorgelegte beſondere Rechtsfälle, deren Umſtände uns meiſten Theils

Da, nach der Entscheidung der Gesetze, das einem Gläubiger auf seine schon vorhandene Forderung von dem Schuldner zugestandene Pfand- oder anderweitige Vorzugsrecht von den übrigen Gläubigern nur auf den Fall mit der Paulianischen Klage angefochten werden kann, wenn der Schuldner dabey die betrügliche Absicht gehabt hat, die übrigen Gläubiger zu hintergehen, diese betrügerische Absicht aber um so weniger vermuthet werden kann, als jeder Schuldner nur darauf bedacht zu seyn pflegt, die Gläubiger so viel als möglich aufzuhalten und an der Erregung des Schuldenwesens zu behindern; so ist nichts natürlicher, als dass die Gläubiger davon den Beweis zu führen angehalten werden müssen. Eine Ausnahme hiervon giebt es jedoch alsdann, wenn bey dieser schuldnerischen Handlung eine Gratification concurrirt, wo alsdann nur die Gläubiger solche darzuthun nöthig haben, indem die überwiesene Gratification den Schuldner schon eines begangenen Betrugs hinlänglich verdächtig macht. y)

In den Gesetzen ist zwar mit keinem Worte entschieden, dass, wenn der Schuldner sich bey der Verleihung eines Pfand- oder anderweitigen Vorzugsrechts einer Gratification schuldig macht, die hintan gesetzten Gläubiger solche umzustossen berechtigt seyn sollen; allein ich sehe nicht ein, warum die Verordnung der *L.* 24 *D. quae in fraudem creditorum* auch nicht hier analogisch angewendet werden soll, zumahl da die Verleihung eines Vorzugsrechts dem Gläubiger bey entstehendem Schuldenwesen sehr häufig eben so vortheilhaft ist, als die wirklich vorher ihm von dem Schuldner geleistete Zahlung mithin den andern Gläubigern eben so nachtheilig seyn muss.

unbekannt wären, bezögen. Ich muss gestehen, dass ich die Allgemeinheit dieser Behauptung nicht einsehen kann, sondern sie nur dann für richtig halte, wenn der Rechtsfall so kurz vorgetragen ist, dass man nicht auf den wahren Grund der Entscheidung kommen kann. Hier ist aber alles so deutlich entwickelt, dass man den Grund, dessen *Scävola* sich zur Entscheidung bedient, gleichsam mit Händen greifen kann. Machte sich nun diesen *Justinian* zu eigen, warum sollte man denn das Gesetz nicht eben so, wie andere Gesetze, weiter ausdehnen können, da es nach den Regeln von der ausdehnenden Erklärung solche zulässt?

y) *Leyser*, in *Medit. ad Pandect.*, Spec. 495, Medit 8, führt hiervon ein merkwürdiges Beyspiel an.

Wir kommen jetzt auf eine zweyte hierher gehörige Frage, welche dieſe iſt: Iſt es auf den Fall, wenn einem Gläubiger von dem Schuldner ein Pfand- oder anderes Vorzugsrecht in der Abſicht, um die andern Gläubiger dadurch zu hintergehen, geſtattet worden iſt, um dieſen betrogenen Gläubigern die Pauliſaniſche Klage zu verleihen, nothwendig, daſs ein ſolcher Gläubiger mit um den Betrug des Schuldners gewuſst habe? Ich glaube dieſes nicht: denn 1. ſagen die Geſetze hiervon nichts, und dann 2. liegt bey der Erwerbung des Pfand- oder Vorzugsrechts kein *Titulus oneroſus* zum Grunde, wie aus dem erſichtlich iſt, was ich oben vom *Titulus oneroſus* und *lucrativus* angemerkt habe; z) mithin iſt es auch, um die Paulianiſche Klage gegen ihn anſtellen zu können, nicht nöthig, daſs er um die betrügeriſche Abſicht des Schuldners gewuſst habe.

Wollte man behaupten, daſs, um den übrigen Gläubigern hier die Pauliſaniſche Klage zu geſtatten, auf Seiten des begünſtigten Gläubigers erforderlich ſey, daſs er mit um die betrügeriſche Abſicht des Schuldners gewuſst habe; ſo würde man nur einen einzigen Fall annehmen können, wo ſie, das demſelben verliehene Pfand- oder Vorzugsrecht anzufechten, im Stande wären; nämlich den, wenn dieſer Gläubiger mit dem Schuldner deſshalb zuvörderſt eine ausdrücklich betrügeriſche Unterhandlung gepflogen hat, indem das, was dem dritten Acquirenten, nach der oben entwickelten Theorie, präjudicirlich iſt, gegen den Gläubiger nicht angewendet werden kann. Denn ſo wird es ja 1. einem Gläubiger nicht verdacht, wenn er ſich vor der *Miſſio* oder *Ceſſio* von dem Schuldner Zahlung leiſten läſst, und ſolche durch geſetzliche Mittel zu erhalten ſucht, ob er gleich weiſs, daſs die andern Gläubiger dadurch eine Verletzung empfinden werden. Es kann ihm alſo, nach aller richtigen Analogie, auch nicht verdacht werden, wenn er den Schuldner dazu zu bringen ſucht, ihm auf ſeine Forderung ein Pfand- oder Vorzugsrecht zu verleihen, ob er gleich weiſs, daſs das Schuldenweſen nahe iſt und dadurch die andern Gläubiger zu kurz kommen werden. Ferner 2. da die Geſetze überhaupt den Gläubiger, der etwas von dem Schuldner entgegen nimmt, ſo ſehr begün-

z) Das Gegentheil behauptet *Walch* in der D. *de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato*, §. 15.

ſtigen, ſo bald nur ſolches auf ſeine Forderung Beziehung hat, und nie von ihm eine betrügliche Abſicht, ſondern immer dies vermuthen, daſs er ſich nur zu decken geſucht habe; ſo kann es ihm eben ſo wenig imputirt werden, wenn er gleich wuſste, daſs der Schuldner ihn vorzüglich begünſtigen wollte, und doch das Pfand- oder Vorzugsrecht ſich beſtellen lieſs, als wenn er wuſste, daſs der Schuldner inſolvent war, und doch die Zahlung entgegen nahm. Alles alſo, was die Gläubiger nur beweiſen dürfen, um einen dritten Acquirenten in böſen Glauben zu verſetzen, würde ihnen hier nichts helfen, ſondern es würde von ihnen eine ausdrückliche Colluſion dieſes Gläubigers mit dem Schuldner bewieſen werden müſſen. Wie wenig aber würde bey dieſen ſo klaren Grundſätzen der Vortheil für die übrigen Gläubiger erreicht werden, welchen doch die Geſetze dabey beabſichtigen, wenn ſie in den oben entwickelten Fällen den andern Gläubigern erlauben, das einem Gläubiger verliehene Pfand- oder Vorzugsrecht mit der Pauliani ſchen Klage anzufechten.

Aus dieſen Grundſätzen ergiebt es ſich nun von ſelbſt, wie ſehr diejenigen Rechtslehrer [a]) irren, welche behaupten, daſs jedes einem Gläubiger vor geſchehener *Miſſio* oder *Ceſſio* auf ſeine bereits vorhandene Forderung verliehene Pfand- und ſonſtige Vorzugsrecht von den übrigen Gläubigern, vermittelſt der Pauliani ſchen Klage, angefochten werden könne, ſo bald nur dieſer Gläubiger mit Gewiſsheit gewuſst hat, daſs der Schuldner nicht mehr allen ſeinen Gläubigern Zahlung zu leiſten im Stande iſt: denn ſo bald der Schuldner ſelbſt einer betrügeriſchen Abſicht nicht überführt werden kann; ſo iſt ohnehin von der Pauliani ſchen Klage gar kein Gebrauch zu machen, weil dieſe die betrügeriſche Abſicht des Schuldners, wie ich oben erwieſen habe, als *Conditio ſine qua non* unterſtellt. [b]) — Und eben ſo irrig iſt die Meinung derjenigen

a) *Frid. a Sande Deciſ. Friſicar.* Lib. 3, Tit. 12, Def. 1.

b) So allgemein richtig auch dieſer Grundſatz nach den Geſetzen iſt, ſo glaube ich jedoch, daſs auf den Fall, wenn zwar der Schuldner ſich keines Betrugs ſchuldig gemacht hat, ein Gläubiger aber die andern Gläubiger überliſtete, und ſo ein Vorzugsrecht erhielt, dieſen die Pauliani ſche Klage zur Vernichtung deſſelben geſtattet werden müſſe, weil einem ſolchen Gläubiger ſonſt ſein Betrug zu Statten kommen, und er aus demſelben Vortheile erhalten würde, die Geſetze aber verordnen, daſs niemanden ſein begangener Betrug Vortheile verſchaffen ſoll. Stimmt gleich dieſe Behauptung nicht völlig mit den Grundſätzen von der Pauliani ſchen Klage über-

Rechtslehrer, [c]) welche dafür halten, daſs, vermittelſt der obigen Grundſätze, allen Gläubigern, welche mit dem Schuldner zu einer Zeit contrahirten oder ſich demſelben verbindlich machten, als ſie wuſsten, daſs derſelbe ſchon unzahlfähig war, ihr erlangtes Vorzugsrecht abgeſprochen werden müſſe, und von den übrigen Gläubigern mit der Paulianiſchen Klage umgeſtoſsen werden könne, indem hier ja gar nicht die Erforderniſſe zu derſelben vorhanden ſind; es wäre denn, daſs der Schuldner mit ihnen dahin colludirt hätte, daſs er ihnen, gegen eine ihm zu machende Anleihe, ein ſolches Vorzugsrecht habe geſtatten wollen, wodurch ſie andern bereits vorhandenen Gläubigern beym Schuldenweſen vorgezogen werden müſsten. [d])

ein, ſo läſst ſie ſich doch ſehr gut aus den Worten des *Scävola* in der *L. 22 D. quae in fraudem creditorum:* „*niſi id in fraudem creditorum caeterorum factum ſit, et ea iuris via occurratur, qua creditorum fraudes reſcindi ſolent,*" vertheidigen, wo dieſer Rechtslehrer deutlich anzeigt, daſs auch der von einem Gläubiger begangene Betrug ihm nicht zu Statten kommen ſoll, ſo bald er nur, nach den obigen Grundſätzen, als ein wahrer Betrug angeſehen werden kann. Hierher würde der Fall gehören, wenn ein Gläubiger, der ſich von dem Schuldner eine Priorität hat ertheilen laſſen, die übrigen Gläubiger durch allerhand Vorſpiegelungen und Ränke behindert hat, daſs ſie ſich nicht eben dieſes Vortheils bedienen können. Daſs der Gläubiger vielleicht heimlich handelte, um keinem andern Gläubiger Veranlaſſung zu geben, ihm zuvor zu kommen, kann demſelben nicht zur Laſt gelegt werden, weil dieſes eine Folge der Wachſamkeit iſt, welche nach den Geſetzen auf Seiten eines Gläubigers mehr gelobt als getadelt wird. Geſetzt alſo, ein Gläubiger brachte in Erfahrung, daſs über ſeines Schuldners Vermögen ein Schuldenweſen bevor ſtehe, und ſuchte nunmehr heimlich von dem Schuldner ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern zu erhalten, ſo kann dieſes erhaltene Vorzugsrecht nicht von ſelbigen angefochten werden, ſo bald er ihnen nur nicht Hinderniſſe in den Weg legt, daſs ſie ſich eben dieſes Rechts nicht bedienen konnten.

c) *Andr. Gail*, Lib. 2, Obſerv. 84. *Bened. Carpzov*, P. 1, Conſt. 28, Def. 84, und Lib. 4 *Reſponſorum*, Tit. 3, Reſponſ. 84. *Chriſt. Phil. Richter de iure et privilegiis creditorum*, Disp. 6, p. 183. *Dav. Maevius Commentar. in ius lubecenſe*, Lib. 3, Tit. 1, Art. 9, No. 54. *Auguſt de Balthaſar de claſſificatione creditorum in concurſu*, Part. 2 Sect. 2, p. 51. Dieſe Rechtslehrer gehen zum Theil ſogar ſo weit, daſs ſie der Ehefrau beym Schuldenweſen ihres Ehemannes das ihr nach den Geſetzen wegen ihres Eingebrachten zuſtändige Vorzugsrecht abſprechen, wenn ſie wiſſentlich einen verſchuldeten Mann geheirathet hat.

d) *Jac. Friedr. Ludovici Einleitung in den Concurs - Prozeſs*, S. 70. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 181.

Wir haben uns bisher mit den Erforderniſſen der Paulianiſchen Klage und der Entwickelung der einzelnen Fälle beſchäftigt, in welchen ſie Statt finden kann. Jetzt müſſen wir auch die Wirkungen betrachten, welche dieſe Klage, wenn ſie mit Nachdruck von den Gläubigern gebraucht wird, hervor bringt. Dieſe lehrt *Ulpian* in der *L.* 10, §. 22 *D. quae in fraudem creditorum* beſſer, als wir ſie zu entwickeln im Stande wären, wenn er ſagt: *Praeterea generaliter ſciendum eſt, ex hac actione reſtitutionem fieri oportere in priſtinum ſtatum, ſive res fuerunt, ſive obligationes. Ut perinde omnia revocentur, ac ſi liberatio facta non eſſet,* mithin uns zu erkennen giebt, daſs die Wirkungen dieſes Rechtsmittels völlig eben dieſelben ſind, welche das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand überhaupt mit ſich bringt. [e]) Hat alſo der Schuldner jemanden ein dingliches Recht an ſeinem Vermögen verliehen, ſo wird dieſes nunmehr vernichtet; [f]) hat er ferner jemanden eine Verbindlichkeit, womit dieſer ihm verhaftet war, erlaſſen, ſo wird dieſe wiederum hergeſtellt und den Gläubigern davon Gebrauch zu machen erlaubt; [g]) und hat er endlich eine zu ſeinem Vermögen gehörige Sache veräuſsert, ſo wird dieſe Veräuſserung vernichtet, und muſs die Sache *cum omni cauſa* von dem Empfangnehmer zurück gegeben werden. Unter *cauſa rei* werden hier alle Zubehörungen und Früchte der Sache verſtanden, und was die Früchte insbeſondere betrifft, nicht nur die zu der Zeit, als die Reſtitution der Sache geſchah, noch vorhandenen Früchte, ſondern auch diejenigen, welche während der Zeit, da der Empfangnehmer die ſchuldneriſche Sache inne hatte, von ihm ſind percipirt worden, indem die Wirkung des Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand es mit ſich bringt, daſs etwas, was geſchehen iſt, ſo angeſehen wird, als wenn es nie geſchehen wäre. Deutlich lehrt dies *Ulpian, a. a. O.,* wenn er ſagt: *propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis conſequeretur, liberatione non facta, praeſtandum erit.* [h]) Dies iſt auch der Grund, warum in

e) Vergleiche auch den §. 6 *I. de act.*

f) *L.* 2 *D. quae in fraud. credit.*, zuſammen gehalten mit *L.* 1 *eod.* Eben das gilt von dem einem Gläubiger verliehenen Vorzugsrechte unter den obigen Beſtimmungen.

g) *L.* 17 *D. quae in fraud. creditor.*

h) Wie dieſe Lehre *Ulpians* mit den Grundſätzen in der *L.* 25, §. 4 *D. quae in fraudem creditor.* zu vereinbaren ſey, werde ich unten zeigen, wenn ich von dem

Hinsicht auf die Restitution der Früchte die Paulianische Klage in der *L.* 38, §. 4 *D. de usuris* der Favianischen Klage zur Seite gestellt wird, vermittelst welcher nicht nur die zur Zeit der Restitution annoch vorhandenen, sondern auch die vorher percipirten Früchte, zurück gefordert werden konnten. Zinsen können, nach der Lehre eben dieses Rechtsgelehrten, eigentlich nicht gefordert werden, es wäre denn, dass der Gegenstand der Paulianischen Klage eine von dem Schuldner erlassene Verbindlichkeit wäre, bey welcher Zinsen entweder ausdrücklich mit bedungen worden sind, oder wo auch die Verbindlichkeit aus einem Vertrage entsprungen war, welcher die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung schon an und für sich selbst mit sich brachte. *Dum usurae,* (heisst es am Ende des §. 22,) *non praestentur, si in stipulatum deductae non fuerunt; aut si talis contractus fuit, in quo usurae deberi poterunt, etiam non deductae.* i)

Sonst ist noch bey der Paulianischen Klage, wenn vermittelst derselben eine Sache, die der Schuldner auf jemanden übergetragen hat, zurück gefordert wird, ein groser Unterschied, ob derselbe mit um die betrügliche Absicht des Schuldners wusste, mithin ein *malae fidei possessor* war; oder ob er nicht darum wusste, sondern als ein *bonae fidei possessor* betrachtet werden konnte. War derselbe 1. ein *malae fidei possessor*, so ist er schuldig und verbunden, die Sache unentgeldlich heraus zu geben, und kann das, was er dagegen gegeben hat, nicht restituirt verlangen, es wäre denn, dass dasselbe noch unter dem Vermögen des Schuldners angetroffen würde. k) Ja, sollte er die Sache wiederum an einen andern überlassen haben, so kann von dem Gläubiger der Werth derselben von ihm gefordert werden, und auch wohl gar das Interesse, wenn er die Sache betrüglicher Weise zu besitzen aufgehört hat. Was die Früchte betrifft, so geht es hier nach den allgemeinen Grundsätzen von der Restitution der Früchte, wozu ein Besitzer im bösen Glauben als schuldig von den Gesetzen erkannt wird, und vermöge deren er nicht nur die annoch vorhandenen, sondern auch die consumirten, ja sogar auch die zu per-

fraudatorischen Interdicte handeln werde.

i) *Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 14.

k) *Gmelin, a. a. O.*, §. 15.

cipirenden Früchte, zu erstatten verbunden ist. Es kann hier auch der Unterschied nichts releviren, ob der Acquirent die Sache *titulo oneroso* oder *lucrativo* empfing, indem die Gesetze auf diesen Umstand bey der Verbindlichkeit eines Besitzers im bösen Glauben nicht Rücksicht nehmen.

War hingegen 2. der Acquirent ein *bonae fidei possessor*, so ist er zwar schuldig und verbunden, die Sache zu restituiren, wenn sie sich noch bey ihm befindet, keinesweges aber den Werth derselben, wenn er sie *bona fide* auf einen andern übergetragen hat, es wäre denn, dass er sich dadurch bereichert hätte, indem er solches alsdann zurück zu geben verbunden ist. l) Was die Restitution der Früchte betrifft, so restituirt er mit der Sache nur die vorhandenen Früchte, nicht aber die percipirten und consumirten, m) es wäre denn, dass er sich dadurch bereichert hätte, welcher Grundsatz sich sehr gut mit der Lehre *Ulpians*: *medii temporis commodum — praestandum erit*, vereinbaren läst, wodurch nur verhütet werden soll, dass der Acquirent aus der betrüglichen Handlung des Schuldners, zum Schaden der Gläubiger, Vortheil erlange. n)

l) *L.* 6, §. 11 *D. quae in fraud. creditor.*

m) *Hänlein*, am oben angeführten Orte, §. 19, behauptet, dass auch der bisherige *bonae fidei possessor*, wenn er auf den Anruf der Gläubiger nicht sogleich die Sache heraus giebt, alle nach der Litis-Contestation percipirte und zu percipirende Früchte den Gläubigern zu restituiren, angehalten werden müsse. Er begründet sich darauf, weil der bisher im guten Glauben sich noch befindende Acquirent, durch die Litis-Contestation in bösen Glauben versetzt wurde, mithin von nun an nach den vom *malae fidei possessor* geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müste. Allein ich muss gestehen, dass mich diese Behauptung nicht überzeugt: denn alle Mahl ist es ja noch eine grosse Frage, ob die Erfordernisse zur Anstellung der Paulianischen Klage vorhanden sind; und wer giebt denn gleich auf das Anfordern des Klägers den Gegenstand der Klage heraus? Es würde daher diese Behauptung nur unter der Einschränkung anzunehmen seyn, wenn der bisherige Besitzer im guten Glauben, bloss in der Absicht, die Gläubiger aufzuhalten, die Sache nicht eher verabfolgen lassen wollte, als bis er durch Urthel und Recht dazu angehalten worden wäre.

n) Wie sehr überhaupt die Gesetze den Nachtheil von den Gläubigern abzuwenden suchen, welchen der Schuldner durch eine bösliche Vermögensverringerung zu bewerkstelligen sucht, davon giebt *L.* 17, §. 2 *D. quae in fraudem creditorum* einen eclatanten Beweis ab: *Si vir uxori cum creditores suos fraudari vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit; hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi, nam Praetor fraudem etiam in tempore*

Ist gleich die Paulianische Klage ein allen Gläubigern verstattetes Rechtsmittel, um sich gegen betrügerische Vermögensverringerungen des Schuldners und den ihnen daraus erwachsenden Nachtheil zu sichern, so kann sie doch nur in vorkommenden Fällen von denjenigen Gläubigern angestellt werden, welche durch dergleichen Handlungen des Schuldners wirklich wegen ihrer Befriedigung gekränkt sind. Ja, bisweilen kann sich ihrer nur ein oder der andere Gläubiger bedienen, wenn gleich mehrere Gläubiger durch die boshafte Vermögensverringerung des Schuldners verletzt sind. Dies ist alsdann der Fall, wenn der Schuldner unter mehrern wachsamen Gläubigern einem weniger wachsamen Zahlung geleistet hat, in welchem Falle alsdann nur die wachsamern, wegen dieser von dem Schuldner begangenen Gratification, vermittelst der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurück fordern können.

Was die Wirkungen der Paulianischen Klage betrifft, so sind selbige oben zwar dahin im Allgemeinen angegeben worden, dass alles dadurch in den vorigen Stand zurück gebracht werde: allein dessen ungeachtet fragt es sich noch, ob, wenn ein oder der andere Gläubiger sich selbiger bedient, dadurch die ganze von dem Schuldner betrügerischer Weise unternommene Vermögensverringerung vernichtet wird, oder nur in so fern, als der oder die klagenden Gläubiger dadurch Nachtheil empfunden haben. Das erstere scheint um desswillen richtiger zu seyn, weil 1. selbst *Ulpian* in der *L.* 10, §. 22 *D. quae in fraudem creditorum* von der Wirkung der Paulianischen Klage ganz generell sagt: *restitutionem fieri oportere in pristinum statum*, und eben dieses *Justinian* im §. 6 *I. de actionibus* wiederhohlt; mithin in beyden Gesetzstellen das von dem Schuldner unternommene Geschäft überhaupt für nicht geschehen erklärt wird; ferner 2. mit der Paulianischen Klage, nach den dürren Worten der Gesetze, sogar die Früchte einer von dem Schuldner böslicher Weise veräusserten Sache sollen zurück gefordert werden können. Allein dessen ungeachtet hat die Behauptung mehr Gewicht für sich, dass ein Gläubiger mit der Paulianischen Klage die bösliche Vermögensverringerung des Schuldners nur in

fieri intelligit. Hier verstattet der Rechtsgelehrte *Julian* den Gläubigern sogar die Revocation derjenigen Emolumente, deren sie, wegen einer zu frühen, von dem Ehemanne in der Absicht, um sie zu betrügen, geschehenen Restitution des Brautschatzes, hatten entbehren müssen.

so weit umzustossen berechtigt sey, als er dadurch eine Läsion erlitten hat. Denn so bezieht sich 1. dasjenige, was in den Gesetzen von den Wirkungen der Paulianischen Klage allgemein gesagt wird, immer nur auf die dem klagenden Gläubiger zugefügte Läsion; und dann 2. wird auch in andern Gesetzen [o]) einem Gläubiger nur immer bloss in Rücksicht auf seine Forderung Hülfe versprochen, welches auf die vorliegende Frage, da es an ausdrücklicher gesetzlicher Entscheidung mangelt, sehr gut analogisch angewendet werden kann. [p])

Der Paulianischen Klage ist zu ihrer Dauer von den Gesetzen eine gewisse Zeit bestimmt, nach deren Ablauf sich die Gläubiger derselben nicht mehr bedienen können. Was aber diese gesetzlich bestimmte Zeit selbst betrifft, so sind hierüber die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt. Die meisten Juristen nehmen im Allgemeinen an, dass die Paulianische Klage *intra annum utilem* [q]) von den Gläubigern angestellt werden müsse, und im entgegen gesetzten Falle verloren gehe, weil dieser Termin zu ihrer Dauer ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt gefunden wird. [r]) Da es aber gleichwohl in den Gesetzen heisst, dass sich die Gläubiger nach Verlauf dieses *Anni utilis* noch einer Klage in gewissen Fällen gegen denjenigen bedienen können, welcher aus der betrügerischen Vermögensverringerung des Schuldners Vortheil erhalten hat; so wissen sie sich solches nicht anders zu erklären, als dass der Prätor in gewissen Fällen aus blosser Billigkeit auch nach Verlauf des *Anni utilis* den Gläubigern eine Klage zugestanden habe, um dem Acquirenten den erhaltenen Gewinn zu entziehen, welche Klage sie *Actio in factum* nennen und welcher sie eine Dauer von 30 Jahren geben. Dieser Meinung sind vorzüglich diejenigen zugethan, welche die Paulianische Klage nicht nach den Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beurtheilt wissen wollen. [s])

o) *L.* 6, §. 2 *D. de rebus auctoritate iud. possidend.*; Nov. 53, Cap. 4, § 4; *Authent. et qui C. de bonis auct. iud. possid.*

p) Vergleiche *Albert Phil. Frick*, *l. c.*, §. 26; *Hänlein*, *l. c.*, §. 19, und die daselbst angeführten Rechtslehrer, welche ebenfalls dieser Meinung zugethan sind.

q) *L.* 1 *D. quae in fraud. creditor.*

r) *Frid. Bernh. Albini de actione Pauliana*, Lugd. Batavor., 1754. *Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 14. *Gothofr. Ludw. Mencken* D. *de actione Pauliana*, §. 19.

s) *Hänlein*, a. a. O., §. 20.

Da, wie ich oben ausführlich erwiesen zu haben glaube, die Paulianische Klage eine wirklich prätorische restitutorische Klage ist, so muss sie auch, in Rücksicht auf ihre Dauer, nach den Grundsätzen von dem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt beurtheilt werden. Nur auf diese Art lassen sich die anscheinend widersprechenden Gesetze, welche von der Dauer der Paulianischen Klage reden, vereinbaren, und nur auf diesem Wege allein kann man zu einer richtigen Theorie gelangen.

Alle prätorische Restitutionen lassen sich füglich in *Restitutiones poenales* und *mere rei persecutorias* eintheilen, je nachdem das Fundament derselben die Bestrafung desjenigen, gegen welchen die Restitution gesucht wird, oder nur bloss dies zum Endzwecke hat, ihm den Gewinn zu entziehen, welchen er mit dem Nachtheile des andern sonst unter dem Beystande des strengen Rechts erhalten würde.[t]) Unter mehrern zwischen beyden Gattungen der prätorischen Restitution obwaltenden Unterschieden [u]) kommt vorzüglich der hier in Betrachtung, dass die *Restitutiones mere rei persecutoriae* ordentlicher Weise eine längere Zeit, und zwar 30 Jahre dauerten, hingegen den *Restitutionibus poenalibus* ein kürzerer Zeitraum bestimmt war, während dessen sie ein Ende nahmen. Wendet man diese Grundsätze hier an, wo ebenfalls von der Dauer einer prätorischen Restitution die Rede ist, so ist nichts leichter, als sich die Gesetze in dem Titel der Pandecten: *quae in fraud. creditor.*, zu erklären, welche von der Dauer der Paulianischen Klage reden und selbige verschieden bestimmen. Bey diesem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt ein doppeltes Fundament der prätorischen Billigkeit zum Grunde, nämlich 1. dieses, dass der betrügerische Acquirent die Strafe seines Betrugs leiden möge, und 2. dieses, dass der Acquirent sich nicht mit dem Nachtheile der Gläubiger bereichern soll. Ersteres findet alsdann Statt, wenn diese Klage den Gläubigern gegen einen Acquirenten verstattet wird, welcher sich der betrügerischen Absicht des Schuldners theilhaftig machte; letzteres, wenn sich die Gläubiger der Paulianischen Klage gegen jemanden bedienen, der zwar *bona fide*, aber *titulo*

t) *Glück* in der D. *de vita petendae restitut. in integr. praetor.*, §. 37.

u) Vergleiche *Glück a. a. O.*, wo überhaupt diese Materie vortrefflich abgehandelt ist.

lucrativo etwas von dem Schuldner erworben hat. Die Paulianische Klage kann also in dieser Hinsicht wie eine doppelte Klage, (*Actio duplex,*) betrachtet werden, bey welcher ein doppeltes Fundament der prätorischen Billigkeit zum Grunde liegt, und daher rührt es auch, dafs ihrer Dauer nicht ein einfacher, sondern ein zwiefacher Zeitraum in den Gesetzen bestimmt ist, v) je nachdem dabey das eine oder das andere Fundament der prätorischen Billigkeit zum Grunde liegt. Wenn

1. die Paulianische Klage gegen einen Acquirenten angestellt werden soll, welcher um die betrügliche Absicht des Schuldners wuſste oder sich *in mala fide* befand, so ist ihr ein Zeitraum von einem *Annus utilis* zu ihrer Dauer bestimmt. Dies bezeugt *Ulpian* in der *L.* 1 *D. quae in fraud. creditor.*: *Ait Praetor, quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo.* Da *Justinian* in der merkwürdigen Verordnung in der *L. fin. C. de temporib. in integr. restit.* den, nach dem alten Rechte, den prätorischen Restitutionen zu ihrer Dauer vorgeschriebenen *Annus utilis* in ein *quadriennium continuum* verwandelt hat, so muſs auch diese Verwandlung den der Paulianischen Klage zu ihrer Dauer bestimmten *Annus utilis* betreffen. w)

Hingegen

2. wenn die Paulianische Klage gegen jemanden angestellt wird, welcher etwas von dem Schuldner *bona fide*, aber *titulo lucrativo* erworben hat, so ist dieser Klage zu ihrer Dauer ein Zeitraum von 30 Jahren bestimmt. x)

Was die Zeit betrifft, von welcher die Präscription der Paulianischen Klage ihren Anfang nimmt, so sind darüber die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt. *Oldendorp* y) und *Hellfeldt* z) behaupten, dafs die Zeit der Verjährung von dem Augenblicke ihren Anfang nehme, da die bösliche

v) *Glück a. a. O.*

w) *Iust. Henn. Böhmer Introd. in ius Digestor., tit.: de in integr. restit.*, §. 6. *Ioh. Aug. Hellfeldt Iurisprud. forens.*, §. 1832.

x) *L.* 10 *pr.* und §. 24 *D. quae in fraud. credit. Glück a. a. O. Carpzov Desinit. forens.*, P. 2, Def. 3, C. 20.

y) In *Action. forens. progymn.*, Cl. 6.

z) In *Iurisprud. forens.*, §. 1832.

Vermögensverringerung von dem Schuldner unternommen worden ist. Allein diese Behauptung ist, wenn man auch die Natur aller Präscriptionen nicht berücksichtigen wollte, schon um deswillen nicht richtig, weil selbst die Worte des prätorischen Edicts in der *L.* 1 *D. quae in fraud. creditor.* diesem entgegen stehen, wo der Prätor den Gläubigern die Paulianische Klage *intra annum, quo experiundi potestas fuerit,* verspricht. Nun aber können ja die Gläubiger sich der Paulianischen Klage nicht eher bedienen, als bis sie wirklich in Erfahrung gebracht haben, dass sie durch die von dem Schuldner unternommene Vermögensverringerung verletzt sind. Da sie nun dieses nicht eher in Erfahrung bringen können, als bis das ganze Vermögen des Schuldners in Anschlag gebracht und berechnet worden ist, so kann auch nur erst von dieser Zeit an die Präscription der Paulianischen Klage ihren Anfang nehmen. [a])

Wir verlassen hiermit die Paulianische Klage, mit welchem Rechtsmittel wir uns wegen seiner Wichtigkeit nicht lange genug beschäftigen konnten, und gehen zu dem zweyten den Gläubigern verliehenen prätorischen Rechtsmittel, dem fraudatorischen Interdicte, über. Des fraudatorischen Interdicts geschieht in der *L.* 67 *D. ad Sct. Trebell.*, *L.* 96, §. 1 *D. de solut.* und in der *L.* 60 *D. mand.* ausdrücklich und nahmentlich Erwähnung. Viele Rechtslehrer [b]) halten die Paulianische Klage und das fraudatorische Interdict, dessen in den angeführten Gesetzen gedacht wird, für ein und eben dasselbe Rechtsmittel. Allein diesen ist um deswillen nicht beyzupflichten, [c]) weil 1. beyde Rechtsmittel mit ausdrücklichen Worten in den Gesetzen von einander unterschieden werden, und 2. man sich den unter vielen Gesetzen

a) *L.* 10, §. 18 *D. quae in fraud. credit.*, zusammen gehalten mit *L* 6, §. *ult. D. quae in fraud. creditor.* *Hänlein a. a. O.*, §. 20. *Christ. Wilh Wehrn* in der D. *de action. Pauliana*, Erford. 1781, § 17.

b) *Herrmann Vultejus*, *Comment. ad Instit. de actionib.*, §. 7; *Joh. Schilter* in *Exercitationib. ad Dig.*, XLVI, § 52; *Chr. Fr. Kneusel*, in D. *de action. Paul.*, §. 1; u. a. m.

c) Dass beyde Rechtsmittel von einander verschieden sind, vertheidigen, ausser andern ältern Rechtslehrern, vorzüglich *Voet*, in *Comment. ad D. tit.: quae in fraudem creditorum*; *Westenberg*, in *Princ. iuris, secundum D. ord.*, Lib. 42, Tit 8, §. 29 u. f.; *Gmelin*, in *der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 14, Not. b; *Frick*, *a. a. O.*, §. 4; *Hänlein*, *a. a. O.*, §. 2.

in dem Titel der Pandecten: *quae in fraud. credit.*, vorhandenen Widerspruch gar nicht würde erklären können, wenn man nicht die Paulianische Klage und das fraudatorische Interdict als diverse Rechtsmittel annehmen, und behaupten wollte, dafs in einigen Stellen in dem gedachten Titel der Pandecten von der Paulianischen Klage, in andern hingegen von dem fraudatorischen Interdicte die Rede sey, obgleich die Compilatoren der Pandecten alles durch einander geworfen und nicht die gehörige Absonderung beobachtet haben. So wird z. B. in der *L.* 14 *D. quae in fraudem creditorum* von der Revocation des Eigenthums, hingegen in der *L. ult.*, §. 6. *D. eod.* blofs von der Revocation des Besitzes gesprochen. So lehrt ferner *Ulpian* in der *L.* 10, §. 22 *D. eod.*: *praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, — propter quod etiam medii temporis commodum praestandum erit;* wogegen *Venulejus* in der *L. ult.*, §. 4 *D. eod.* in den Worten: *medio autem tempore perceptos fructus in restitutionem non venire,* das Gegentheil behauptet. Zwar glaubt *Voet* d) diesen Widerspruch unter den beyden letztern Gesetzen dadurch zu heben, dafs er den Ausdruck *Ulpians* von einem Besitzer im bösen, und den des *Venulejus* von einem Besitzer im guten Glauben versteht: allein 1. liegt in den Gesetzen diese Distinction nicht, auch läfst sie sich 2. nicht aus dem Contexte rechtfertigen, sondern es ist vielmehr offenbar, dafs beyde Rechtslehrer ein ganz verschiedenes Rechtsmittel im Sinne hatten, und die unachtsamen oder wohl gar mit dem ältern Rechte nicht zu genau bekannten Compilatoren der Pandecten den Ausspruch beyder Rechtslehrer von der Paulianischen Klage verstanden haben; denn aus allen Umständen leuchtet es deutlich hervor, dafs *Ulpian* von der Paulianischen Klage, *Venulejus* hingegen von dem fraudatorischen Interdicte redet. Diese Behauptung gewinnt dadurch noch mehr Stärke, dafs die ganze *L. ult. D. quae in fraudem creditorum*, wie die Ueberschrift lehrt, aus dem *Lib. VI Interdictor.* des *Venulejus* genommen ist, mithin weit wahrscheinlicher ist, dafs dieser Rechtslehrer hier von dem fraudatorischen Interdicte, als dafs er von der Paulianischen Klage habe reden wollen.

d) *A. a. O.*, §. 11.

Das fraudatorische Interdict ist also wirklich ein von der Paulianischen Klage ganz verschiedenes Rechtsmittel. Aber, worin besteht denn nun dasselbe? Hier lassen uns die Gesetze in der gröfsten Unwissenheit, und Alles, was sich davon angeben läfst, mufs theils aus der Analogie der prätorischen Interdicte überhaupt, theils aus dem Resultate derjenigen Gesetze in den Pandecten, worin entweder dieses Interdicts ausdrücklich gedacht wird, oder worin es doch nach einer richtigen Interpretation stillschweigend unterstellt wird, abstrahirt werden. Nach diesen ist es ein prätorisches restitutorisches Interdict, vermöge dessen die durch eine betrügliche Veräufserung des Schuldners verletzten Gläubiger verlangen können, dafs ihnen der Besitz der veräufserten Sache nebst allem Zubehör und den darauf vorhandenen Früchten abgetreten werden soll. [e]) Von den Eigenschaften dieses Interdicts, welches den Gläubigern in der Absicht verliehen zu seyn scheint, um eine weitere Alienation zu verhüten und dem Gegner die Vortheile des Besitzes abzugewinnen, läfst sich übrigens mit Gewifsheit nichts weiter angeben, als dafs 1. vermöge desselben nicht, so wie mit der Paulianischen Klage, die *Fructus medio tempore percepti* gefordert werden können, indem es blofs die Abtretung des Besitzes der veräufserten Sache in dem Zustande, wie sich selbige zu der Zeit befand, da es angestellt wurde, zum Gegenstande hat; ferner 2. dafs sich dieses Interdict in Rücksicht auf die Anstellung nach den Erfordernissen der Paulianischen Klage, im Uebrigen aber nach der Natur aller prätorischen Interdicte richtet. Was die Dauer dieses Interdicts betrifft, so bestimmen darüber die Gesetze nichts, indefs ist es wahrscheinlich, dafs es mit der Paulianischen Klage eine gleiche Dauer gehabt habe.

Da die Eigenschaften des fraudatorischen Interdicts nicht deutlich in den Gesetzen angegeben, und daher so vielen Schwierigkeiten unterworfen sind, so läfst sich auch nicht bestimmen, ob die Anstellung derselben noch an besondere von der Paulianischen Klage abweichende Umstände gebunden war, oder ob es sonst noch was eigenes von andern Interdicten abweichendes gehabt habe.

e) Vergleiche *Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, §. 457.

Wir haben bisher gesehen, was Rechtens sey, wenn durch eine von dem Schuldner unternommene Vermögensverringerung die übrigen Gläubiger ausser dem Fiscus oder der Staat eine Verletzung erlitten haben; jetzt kommen wir, nach dem oben vorgezeichneten Plane, auf die Untersuchung: was alsdann Rechtens sey, wenn der Fiscus in der Qualität eines Gläubigers dadurch verletzt worden ist. Der Fiscus hat sich auch hier, so wie in vielen andern Fällen, ansehnlicher Privilegien zu erfreuen, und zu seinem Vortheile ist in den Gesetzen Folgendes angeordnet worden:

I. Solche Vermögensverringerung, die nicht in einer Zahlungsleistung an einen Gläubiger besteht, — welche der Schuldner vor der *Cessio* oder *Immissio* unternommen hat, und wodurch der Fiscus ist verletzt worden, wird ohne allen Unterschied von demselben vernichtet, so bald als nur der Schuldner der Absicht, den Fiscus dadurch zu betrügen, überführt werden kann. *In fraudem fisci*, (lehrt *Paulus* in der *L.* 45 *D. de iure fisci,*) *non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur.* Hingegen

II. wenn der Schuldner einem seiner Gläubiger vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* Zahlung geleistet hat, so kann diese geleistete Zahlung, wenn sie nachher dem Fiscus nachtheilig gewesen ist, von demselben schlechterdings, jedoch ohne Zinsen, zurück gefordert werden, wenn auch gleich weder der Schuldner noch der Gläubiger sich *in mala fide* befunden hat. f) *Pecunia*, heisst es in der *L.* 5 *Cod. de priv. fisci, quam creditor a debitore suo recepit, si postea ex iusta causa fisco restituenda erit, sine usuris* g) *debetur; quia non foenus contractum, sed suum recuperatum extraordinario iure aufertur.* h) Zwar möchte es scheinen, als wenn nur in gewissen Fällen dem Fiscus die Revocation der von dem Schuldner geleisteten Zahlung gestattet werden müsse, indem die Worte: *ex iusta causa*, eine Einschränkung enthalten: al-

f) *Oeltze* in der D. *de creditore sibi vigilante*, §. 27.

g) Vergleiche auch *L.* 19 *D. de iure fisci.*

h) Hat jedoch der Gläubiger, welchem der Fiscus das bezahlte Geld wieder entzieht, wegen seiner Forderung ein Pfandrecht von dem Schuldner gehabt, so revivscirt dieses Pfandrecht, welches bereits durch die Zahlung erloschen war, nach *L.* 21 *D. de iure fisci.*

lein hält man das Gesetz mit andern hierher gehörigen Gesetzstellen in den Pandecten zusammen; so ergiebt sich sogleich die Richtigkeit unsrer Behauptung, und scheinen die Worte: *ex iusta causa*, sich vielmehr auf dasjenige zu beziehen, was ich gleich hernach bey der nähern Bestimmung dieses Fiscus-Rechts sagen werde. *Papinianus*, heisst es in der *L. 18 D. de iure fisci, tam libro sexto, quam undecimo Responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam: sed placet omni modo, ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit, cum consumeret: et postea quidem Principes directam actionem competere, ablata pecunia, rescripserunt, ut et Marcellus lib. septimo D. scribit.* i)

Die Gesetze verstatten dem Fiscus in den oben erwähnten Fällen die Revocation nicht ohne alle Einschränkung, sondern nur alsdann, wenn er wirklich wegen seiner Ansprüche an den Schuldner ist verletzt worden, und wegen der nunmehrigen Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens seine Befriedigung nicht erlangen kann. Es kann daher der Fiscus dieses Revocations-Recht, wenn der Schuldner einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet hat, nur alsdann ausüben, wenn er diesem Gläubiger wegen seiner Forderung vorgezogen werden muss, nicht alsdann, wenn er demselben wegen eines Anspruchs an den Schuldner nachstehen muss. Denn sind gleich die Grenzen dieses Privilegii des Fis-

i) Es scheint zwar beym ersten Anblicke, als wenn dem Fiscus auch in dem erstern angegebenen Falle die Revocation ohne Unterschied gestattet werden müsse, und nicht darauf Rücksicht zu nehmen sey, ob der Schuldner betrüglicher Weise die Vermögensverringerung zum Nachtheile des Fiscus unternommen hat, oder ob er dabey *bona fide* zu Werke gegangen ist; zumahl da dieses dem Fiscus vor den übrigen Gläubigern ertheilte Privilegium die Erhaltung des Fiscus-Vermögens und der Rechte desselben, woran dem Staate so viel gelegen ist, zum Endzwecke hat. Allein, da in der *L. 45 D. de iure fisci* es mit dürren Worten heisst: *in fraudem fisci* etc., so würde man gerade dem Gesetze zuwider handeln, wenn man auch dem Fiscus in dem unter No. I enthaltenen Falle das Revocations-Recht alsdann zugestehen wollte, wenn der Schuldner *bona fide* vor ausgebrochenem Schuldenwesen eine Vermögensverringerung unternahm.

cus nicht in den Gesetzen deutlich bestimmt, so müssen sie doch aus der Natur und Eigenschaft desselben erklärt werden, weil man sonst annehmen müsste, dass durch die Handlung des Schuldners allein die Vorrechte des Fiscus mit dem Nachtheile anderer Gläubiger hätten vermehrt werden sollen. [k]) Und hierauf beziehen sich auch ohne allen Zweifel die Worte der *L.* 5 *Cod. de priv. fisci: ex iusta causa*, auch wird unsre Behauptung durch die *L.* 7 *Cod. eod.* auf das beste unterstützt. Wenn also z. B. der Fiscus an den Schuldner wegen öffentlicher Abgaben einen Anspruch hat, und an dieser Forderung durch eine von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* einem Gläubiger geleistete Zahlung gekränkt wird, so kann er diese ohne allen Unterschied zurück fordern, weil er wegen des gedachten Anspruchs beym Schuldenwesen fast allen Gläubigern vorgezogen wird, [l]) keinesweges aber alsdann, wenn er diesen Anspruch wegen Strafgelder macht, in Ansehung deren er allen Gläubigern nachgesetzt werden muss. [m])

Der Fiscus bedarf zur Revocation der von dem Schuldner unternommenen Vermögensverringerung nicht der Paulianischen Klage, sondern die Gesetze haben ihm, wie *Marcian* in der *L.* 18, §. 10 *D. de iure fisci* lehrt, eine *Actio directa ex lege civili* verstattet, welche erst in vierzig Jahren präscribirt wird, [n]) und daher schon in dieser Rücksicht vortheilhafter als das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist. So bald daher von dem Fiscus nur die gesetzlichen Erfordernisse zur Revocation dargethan sind, so vindicirt er die bey dem Acquirenten entweder noch in Natur vorhandene oder *mala fide* consumirte Sache; [o]) und wenn selbige nicht mehr vorhanden ist, sondern *bona fide* von demselben ist consumirt worden, so kann der Werth derselben von ihm condicirt werden. [p])

Wir kommen nunmehr, nach dem oben, S. 381, vorgezeichneten Plane, B. zu dem Falle, wenn die Disposition des Schuldners, welche er in Rücksicht auf sein Vermögen vorgenommen hat und seinen Gläubigern nachtheilig ist, in einer Nichterwerbung besteht, und wollen nun auch untersuchen, was in diesem

k) *Oeltze a. a. O.*, §. 28. *Frick a. a. O.*, §. 14.

l) *L.* 1 *Cod. si propter publicas pensitat.*

m) *L. un. C. poen. fisc. credit. praefer. L.* 17 et 37 *D. de iur. fisci.*

n) *L.* 4 *C. de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*

o) *Oeltze a. a. O.*, §. 29.

p) *L.* 21 *D. de iure fisci.*

Falle Rechtens ist. Bey dieser Untersuchung ist ebenfalls wieder der Unterschied zu beobachten, ob solche Nichterwerbung sich nach bereits ausgebrochenem Schuldenwesen oder vor dem Ausbruche desselben zugetragen hat; denn nur auf diesem Wege allein kann man zu einer richtigen Bestimmung desjenigen gelangen, was bey diesem so schwierigen und streitigen Punkte als Rechtens angenommen werden muss.

Wenn I. der Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* eine Erwerbung von sich gestossen hat, wodurch er sein Vermögen zum Vortheile seiner Gläubiger hätte vermehren können, so ist es, da es an einer gesetzlichen Entscheidung gänzlich fehlt, sehr streitig unter den Rechtslehrern, ob nicht die Gläubiger diese verstossene Erwerbung zurück rufen können. Die meisten Rechtslehrer q) bejahen dieses aus dem Grunde, weil der Eintritt des Schuldenwesens alle nach dessen Einbruche von dem Schuldner in Ansehung seines Vermögens unternommene Dispositionen, in so fern als sie den Gläubigern nachtheilig sind, vernichte, zu solchen Dispositionen aber auch die Verstossung einer Erwerbung gehöre, mithin nach eben denselben Grundsätzen beurtheilt werden müsse. Hingegen aber fehlt es auch nicht an Rechtslehrern, r) welche annehmen, dass die von dem Schuldner nach erfolgter *Cessio* oder *Immissio* geschehene Verstossung einer Erwerbung zu Recht beständig sey und von den Gläubigern nicht umgestossen werden könne. Ihre Gründe sind: weil 1. die Gesetze die Verstossung einer Acquisition, welche von dem Schuldner geschehen ist, ganz allgemein für gültig erklärten, s) ohne zu unterscheiden, ob solche sich vor oder nach entstandenem Schuldenwesen zugetragen habe, mithin, wo die Gesetze nicht unterschieden, auch der Rechtsgelehrte nicht unterscheiden dürfe, zumahl da die Römischen Gesetzgeber und Rechtsgelehrten in andern Fällen den Unterschied, ob etwas sich vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* oder nachher ereignet habe, sehr wohl zu berücksichtigen gewusst hätten, mithin auch hier gewiss berücksichtigt haben würden, wenn sie darauf Rücksicht genommen wissen wollen. 2. Lasse sich auch aus dem Concurs-Verhältnisse die

q) *Vincent de Franchis*, Decis. 101, No. 16, und die daselbst No. 3 angeführten Rechtslehrer. *Salgado de Samoza* in *Labyrintho creditor. concurrent.*, Part. 2, Cap. 14, No. 59.

r) *Gust. Bernh. Becmann de debitore obaerato in praeiudic. credit. non adquirente*, §. 27.

s) *L. 6 pr. D. quae in fraudem creditorum.*

Ungültigkeit einer schuldnerischen Disposition dieser Art nach der *Cessio* oder *Immissio* nicht beweisen, indem nur durch diese dem Schuldner die Befugniss, über sein vorhandenes Vermögen zu disponiren, in so fern entzogen werde, als dadurch den Gläubigern Nachtheil zugefügt werden kann, nicht aber die Befugniss, Erwerbungen zu verstossen, die noch nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden konnten. Wenn also der Schuldner eine Erwerbung, die er zu machen im Stande war, nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* von sich stosse, so veräussere er dadurch nichts von seinem Vermögen, indem eine Veräusserung sich nicht anders denken lasse, als dass jemand etwas von sich entferne, was ihm bereits vollkommen erworben war. Endlich 3. sey überhaupt der Schuldner nicht nach den Gesetzen verbunden, sein Vermögen zum Vortheile seiner Gläubiger zu vermehren, sondern die Gesetze verpflichteten ihn bloss, dasselbe nicht zu verringern, mithin fehle es hier völlig an einem rechtmässigen Grunde, um den Gläubigern die Revocation der nicht - erworbenen Sachen zu gestatten. Nach dieser Meinung würde also der Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* allen möglichen Erwerb verstossen können, ohne dass die Gläubiger diese seine Handlung als ungültig anfechten dürften, selbst dasjenige, was ihm *ipso iure* anheim gefallen ist, könnte von demselben gültig zum Nachtheile der Gläubiger ausgeschlagen werden. In Ansehung des Fiscus jedoch, wenn dieser wegen seiner Ansprüche an den Schuldner dadurch verletzt werden sollte, macht man eine Ausnahme von der Regel, und gestattet demselben das Recht, den von dem Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* verstossenen Erwerb zu revociren, und zwar aus dem Grunde, weil dieser, (wie wir hernach sehen werden,) selbst den von dem Schuldner vorher ausgeschlagenen Erwerb zurück zu rufen berechtigt sey, wie vielmehr also nicht auch hier begünstigt werden müsste.

Es lohnt die Mühe, diese einander widersprechenden Meinungen der Rechtslehrer genau zu prüfen, und zu untersuchen, welche von beyden die richtigere ist, zumahl da das Interesse der Gläubiger nicht wenig dabey in Collision geräth. Man denke sich z. B. nur ein Mahl den Fall, wenn nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* dem Schuldner eine ansehnliche Erbschaft anheim fällt, welche, wenn sie von ihm erworben und seinem Vermögen einverleibt würde, dasselbe so vermehren könnte, dass nun das Schuldenwesen gehemmt und allen seinen Gläu-

bigern Zahlung geleistet werden könnte; hingegen, wenn er nun diese nicht erwirbt, wegen der grossen Unzulänglichkeit seines Vermögens die wenigsten Gläubiger ihre Befriedigung erhalten.

Vorläufig muss ich bemerken, dass hier der Unterschied: ob der Schuldner *bona* oder *mala fide* einen Erwerb, welchen er hätte machen können, vernachlässigt hat, nichts relevirt, welches um so einleuchtender wird, wenn man erwägt, dass sich wenig Fälle denken lassen, dass der Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* einen zu machenden Erwerb *bona fide* vernachlässigt, sondern wenigstens doch immer dabey eine entfernte Absicht, die Gläubiger zu hintergehen, zum Grunde liegt; zudem, da die Gesetze hier nichts bestimmen, die ganze Entscheidung der Frage darauf beruht, ob aus dem durch die *Cessio* oder *Immissio* begründeten Verhältnisse das Recht der Gläubiger, die von dem Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* ausgeschlagene Erwerbung zurück zu rufen, gefolgert werden kann oder nicht. Denn die Gesetze entscheiden hier nichts: und wenn *Ulpian* in der L. 6 *pr. D. quae in fraudem creditorum* sagt: *Quod autem cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet: pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*, so kann der Ausspruch dieses Rechtsgelehrten auf den vorliegenden Fall nicht einmahl analogisch angewendet werden; denn 1. unterstellt das Gesetz, so wie der ganze Titel der Pandecten: *quae in fraudem creditorum*, ausdrücklich eine vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* von dem Schuldner unternommene Disposition in Ansehung seines Vermögens, und 2. bringt ja das Schuldenwesen Verhältnisse hervor, wegen deren ganz andere Grundsätze Statt finden müssen, als vor dessen Entstehung Statt finden konnten. Wollte man behaupten, dass vermöge der Analogie, oder wohl gar directe, wie *Becmann* t) glaubt, dasjenige, was *Ulpian, a. a. O.*, von der Befugniss des Schuldners, Erwerbungen zum Nachtheile seiner Gläubiger zu verstossen, sagt, auch auf den Fall angewendet werden müsse, wenn derselbe nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* eine Erwerbung ausgeschlagen hat; so würde sich eben so gut behaupten lassen, dass das, was von der Vermögensverringerung des Schuldners vor ge-

t) *A. a. O.*

schehener *Cessio* oder *Immissio* gilt, auch von derjenigen Vermögensverringerung gelten müsse, welche derselbe nachher unternommen hat, indem ein gleicher Grund, solches zu behaupten, vorhanden ist.

Dies voraus gesetzt, schreite ich nun zur Prüfung der oben angeführten Meinungen der Rechtslehrer selbst, und will mit der Meinung derjenigen den Anfang machen, welche die von dem Schuldner nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* zum Nachtheile der Gläubiger unternommene Verstofsung eines Erwerbes für ungültig erklären und den Gläubiger das Zurückrufungsrecht gestatten. Die Rechtslehrer, welche dieser Meinung zugethan sind, begründen sich, wie ich oben gezeigt habe, vorzüglich darauf, dafs der Schuldner nach der *Cessio* oder *Immissio* nichts in Ansehung seines Vermögens unternehmen könne, was zum Nachtheile seiner Gläubiger gereicht, mithin auch keinen Erwerb, welchen er hätte machen können, gültig verstofsen dürfe. So viel Scheinbares auch dieser Grund für sich hat, so ist er doch nach hinlänglicher Prüfung keinesweges zureichend. Denn wenn 1. der Schuldner sich der Rechtswohlthat der Güterabtretung bedient hat, so erstreckt sich ja das Recht der Gläubiger nicht weiter, als über das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene schuldnerische Vermögen, und an dem, was der Schuldner auch gleich unmittelbar nach der Güterabtretung erwirbt, verbleibt demselben die freyeste Disposition, mithin kann ihm auch aus keinem Grunde das Recht streitig gemacht werden, jeden Erwerb zu verstofsen, welcher ihm nach der Güterabtretung anheim gefallen ist, wenn auch das Schuldenwesen über das abgetretene Vermögen noch nicht beendigt seyn sollte. Dann 2. würde auch dieser Grundsatz, wenn auch keine Güterabtretung vorgekommen ist, nur höchstens auf die Verstofsung derjenigen Erwerbungen angewendet werden können, welche dem Schuldner *ipso iure* anheim gefallen sind, und welche er nun zum Nachtheile seiner Gläubiger wieder ausgeschlagen hat, wenn man ihn nicht genauer bestimmen wollte, als er von den Rechtslehrern gemeinhin nur bestimmt wird. Und auch diese Anwendung würde noch manchen Schwierigkeiten unterworfen seyn, wenn man sich zumahl an die oben angegebene Römische Distinction zwischen vollkommenen und nicht-vollkommenen Erwerbungen erinnert.

Was die zweyte Meinung betrifft, welche dem Schuldner die Befugnifs, nach geschehener *Cessio* oder *Immissio* allen etwa zu machenden Erwerb zum

Nachtheile seiner Gläubiger zu verstoſsen, zuſpricht, ohne daſs die Gläubiger die Handlung deſſelben anfechten können; ſo muſs ich aufrichtig geſtehen, daſs die Gründe für dieſe Meinung mir noch weniger, als die für die erſtere Meinung genügen. Ich übergehe den erſtern Grund, deſſen man ſich für dieſelbe bedient, und welcher von dem Ausſpruche *Ulpians* in der *L.* 6 *pr. D. quae in fraudem creditorum* hergenommen iſt, hier mit Stillſchweigen, weil ich bereits kurz vorher gezeigt habe, daſs davon bey der Entſcheidung der vorliegenden Frage gar kein Gebrauch zu machen iſt. Es bleiben daher bloſs noch die beyden andern Gründe übrig, mit deren Prüfung wir uns gegenwärtig beſchäftigen wollen.

Was den zweyten Grund betrifft, welcher für dieſe Behauptung angeführt wird, daſs nämlich die *Ceſſio* oder *Immiſſio* dem Schuldner bloſs die Dispoſition über ſein bereits beym Ausbruche des Schuldenweſens vorhandenes Vermögen in ſo fern entziehe, als dadurch den Gläubigern ein Nachtheil zugefügt wird, mithin nicht auf das damahls noch nicht erworbene erſtreckt werden könne; ſo iſt dieſer ſchlechterdings nicht allgemein richtig. Ich habe oben hinlänglich erwieſen, daſs, wenn beym Schuldenweſen keine Güterabtretung concurrirte, das Recht der Gläubiger nicht nur an dem zur Zeit des ausbrechenden Schuldenweſens vorhandenen ſchuldneriſchen Vermögen, ſondern auch an dem gegründet war, welches der Schuldner während deſſelben erwarb, und ſo lange dauerte, bis es beendigt war. u) Ich habe ferner gezeigt, daſs, da das Vermögen eines Menſchen auch die demſelben zuſtändigen Rechte in ſich begreift, auch die Befugniſs der Gläubiger an den Gerechtſamen des Schuldners begründet ſey, in ſo fern ſelbige von der Beſchaffenheit ſind, daſs deren Gebrauch auch einem Dritten verſtattet werden kann. Leiſtet alſo der Schuldner während des Schuldenweſens auf einen Erwerb Verzicht, worauf er ein Recht erhalten hatte, ſo disponirt er hier wirklich über ſein Vermögen zum Nachtheile ſeiner Gläubiger, weil dieſes Recht mit zu ſeinem Vermögen gehört, und was vom Ganzen gilt, auch von einem Theile des Ganzen nothwendig gelten muſs. Daſs er über den Erwerb ſelbſt noch nicht disponiren konnte, war natürlich, allein dies thut ja hier nichts zur Sache.

u) Vergleiche oben Seite 268.

Was den dritten Grund betrifft, so gebe ich zwar gern zu, daſs die Gläubiger den Schuldner nicht zwingen können, etwas zu erwerben; allein folgt denn hieraus schon, daſs sie sich nicht auf andere Art helfen können, daſs sie den Schuldner nicht behindern können, einen Erwerb zu verstoſsen? — Folgt ferner hieraus, daſs sie sich nicht selbst des schuldnerischen Rechts bedienen, und vermöge desselben die Erwerbung, welche er nicht machen will, machen können? Wie, wenn dem Schuldner eine Erbschaft oder ein Vermächtniſs während des Schuldenwesens anheim fällt, mithin nun in dem Augenblicke das Recht auf die Erwerbung seinem Vermögen zuwächst, sollten da nicht die Gläubiger sich eben dieses Rechts, so wie anderer Rechte desselben, anmaſsen können? — Ich glaube, die Bejahung dieser Frage kann nicht den mindesten Zweifel haben, wenn anders die oben ausgeführte Theorie richtig ist. Man möchte mir entgegen setzen, es hänge ja noch erst von der Willkühr des Schuldners ab, ob er von dem ihm erworbenen Rechte Gebrauch machen will; allein, hängt es nicht eben so gut von seiner Willkühr ab, ob er von andern ihm zuständigen Rechten Gebrauch machen will? Hier kommt alles darauf an, ob das Recht auf den Erwerb sich in dem Vermögen des Schuldners befand. Dies ist nicht zu läugnen: v) folglich, da der Schuldner nicht über sein Vermögen nach geschehener *Immissio* disponiren darf; ferner, da die Gläubiger sich der demselben zuständigen Rechte als zu seinem Vermögen gehörig anmaſsen können; w) so ist die natürliche Folge, daſs der Schuldner sich dieser auf einen Erwerb gehender Rechte nicht entschlagen darf, und daſs die Gläubiger, wenn diese Rechte nur von der Beschaffenheit sind, daſs sie sich derselben bedienen können, sich solcher anzumaſsen und den Erwerb zu machen berechtigt seyn müssen.

Aus dem Vorstehenden erhellt, meiner Einsicht nach, so viel, daſs weder die eine noch die andere der vorhin angegebenen Meinungen der Rechtslehrer in

v) *Becmann*, *a. a. O.*, § 11, glaubt, daſs das *Ius acquirendi*, in so fern es als eine bloſse Befugniſs zu betrachten ist, nach Grundlage der Gesetze nicht zu dem Vermögen des Schuldners gerechnet werden könne, und bezieht sich vorzüglich auf die *L.* 42 *D. de adquir. rer. domin.* Allein vergleicht man mit diesem Gesetze die *L.* 49 *D. de v. s.* und schränkt das *Ius acquirendi* auf einen bestimmten Gegenstand ein; so, glaube ich, bleibt es keinem Zweifel unterworfen, daſs das *Ius acquirendi*, so wie jedes andere bestimmte Recht, sich in dem Vermögen des Schuldners befinde.

w) Siehe oben Seite 267 und Seite 145.

ihrem ganzen Umfange angenommen werden kann, sondern einer jeden besondere Schwierigkeiten entgegen stehen. Ich will daher versuchen, ob ich nicht einen Mittelweg ausfündig machen kann, wodurch sich beyde Meinungen gewisser Maßen vereinigen lassen, und die vorliegende Frage, welche selbst *Salgado de Samoza* x) mit Recht eine *Quaestionem difficilem et arduam* nennt, einer richtigen Entscheidung zugeführt wird. Ich setze nämlich 1. als allgemeines Princip fest, dass zwar die Gläubiger nach entstandenem Schuldenwesen den Schuldner nicht zwingen können, etwas zu erwerben, jedoch dass 2. wenn der Schuldner ein Recht auf einen Erwerb hat, welches während des Schuldenwesens zur Ausübung kommt, die Gläubiger sich dieses Rechts unter gewisser Einschränkung anmaßen, und vermöge desselben selbst die Erwerbung unternehmen können, so bald nur dieses Recht als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht zu betrachten ist. y) Dieser von mir angenommene Grundsatz erfordert eine nähere Bestimmung.

Ich habe erstens behauptet, dass die Gläubiger sich des schuldnerischen auf eine Erwerbung abzweckenden Rechts gewisser Maßen bedienen, und die Erwerbung selbst nach entstandenem Schuldenwesen vornehmen können. Dies ist alsdann der Fall, wenn keine Güterabtretung geschehen war, oder doch das Recht, zu erwerben, bereits vor der Güterabtretung in dem Vermögen des Schuldners sich befand, indem die Güterabtretung sehr häufig erst nach entstandenem Schuldenwesen unternommen wird. Ich beweise diesen Satz mit seiner Einschränkung folgender Gestalt: 1. Das Recht der Gläubiger erstreckt sich nicht nur auf das zur Zeit des Ausbruchs des Schuldenwesens vorhandene Vermögen, sondern auch auf das, welches dem Schuldner erst nachher erworben wird, muss sich also auch auf die Rechte desselben, die nach entstandenem Schuldenwesen zu diesem Vermögen hinzu treten, erstrecken. Die Güterabtretung schränkt diesen Lehrsatz hingegen bloss auf das zur Zeit, da sie vorgenommen wurde, vorhandene schuldnerische Vermögen ein. 2. Das Schuldenwesen hebt, so lange

x) In *Labyrinth. creditor. concurrent.*, P. 2, C. 14, No. 59.

y) *Friedr. Balthas. Hubler* in D. *de marito hereditatem uxoris in fraudem creditorum repudiante*, §. 2 seq.

es dauert, die Disposition des Schuldners über sein Vermögen überhaupt in so fern auf, als dadurch die Gläubiger beeinträchtigt werden; mithin kann der Schuldner, wenn ihm während desselben auf einen Erwerb ein Recht zuwächst, sich desselben nicht zum Nachtheile seiner Gläubiger gültig entschlagen, weil er dadurch ein zu seinem Vermögen gehöriges Recht vernichten würde, wozu er aber nicht mehr berechtigt ist.

Ich habe ferner zweytens behauptet, dass die Gläubiger selbst die Erwerbung unternehmen könnten, so bald nur das Recht auf den Erwerb als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht betrachtet werden kann. Ein bereits wirklich dem Vermögen des Schuldners zugewachsenes Recht ist hier, nach meinen Begriffen, ein solches, welches ihm nach Verordnung der Gesetze mitgetheilt wird, ohne dass er erst nöthig hat, eine Handlung zu unternehmen, welche auf die Erwerbung dieses Rechts abzweckt. Ich rechne dahin z. B., wenn dem Schuldner während des Schuldenwesens eine Erbschaft deferirt wird oder *ipso iure* zuwächst, oder ihm ein Vermächtniss von jemanden hinterlassen wird. Wenn hingegen z. B. dem Schuldner eine Schenkung angeboten wird, so kann das Recht auf diese Schenkung noch nicht als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht betrachtet werden, indem die wirkliche Erwerbung des Rechts auf die Schenkung erst von der Acception des Schuldners abhängig ist; mithin würden die Gläubiger zwar im erstern, nicht aber im letztern Falle sich des schuldnerischen Rechts bedienen können, weil sie den Schuldner nicht zwingen können, die Schenkung zu acceptiren.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn zweytens vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* der Schuldner eine Erwerbung von sich gestossen hat. Hier ist zu unterscheiden, ob diese Erwerbung von dem Schuldner im guten Glauben ist vernachlässigt worden, oder ob er dabey die Absicht gehabt hat, seine Gläubiger zu hintergehen und selbige um ihre Befriedigung zu bringen. Im letztern Falle heisst solches eine *non adquisitio in fraudem creditorum.* Von diesen beyden Fällen will ich jetzt nach einander handeln.

Hat der Schuldner erstens einen Erwerb, welchen er hätte machen können, *bona fide* vernachlässigt, so kann den Gläubigern nicht das Recht gestattet

werden, diese Nichterwerbung anzufechten und umzustossen, sondern es muss selbige bey Kräften bleiben, wenn auch gleich die Gläubiger dadurch noch so grossen Nachtheil empfinden sollten. Denn 1. war ja noch der Schuldner uneingeschränkter Herr seines Vermögens, und dann 2. steht dieser unsrer Behauptung die Analogie der Gesetze zur Seite, nach welchen ja nicht einmahl eine von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio bona fide* unternommene Vermögensverringerung, am allerwenigsten also eine Nichterwerbung, die im guten Glauben geschehen ist, umgestossen werden kann.

Aber wie, können denn nicht diejenigen hypothekarischen Gläubiger den von dem Schuldner ausgeschlagenen Erwerb revociren, welchen der Schuldner ein allgemeines Pfandrecht an seinem Vermögen bestellt hat, indem dieses so wohl dessen körperliches als unkörperliches Vermögen, wohin auch das *Ius acquirendi* gehört, ingleichen die erst in der Zukunft zu erwerbenden Güter, umfasst? Es scheint zwar beym ersten Anblicke dies der Fall zu seyn, allein er ist es keinesweges, wenn man die Sache gehörig in Erwägung zieht. Denn befindet sich gleich 1. das *Ius acquirendi* in dem Vermögen des Schuldners, und wird in dieser Hinsicht von dem generellen Pfandrechte afficirt, so wird es durch die Verzichtleistung des Schuldners vernichtet; mithin kann nun das Pfandrecht an demselben nicht mehr bestehen [z]) und seine Wirkung äussern: ferner 2. wenn gleich das allgemeine Pfandrecht sich auch über die zukünftigen oder erst in der Folge von dem Schuldner zu erwerbenden Güter in der Regel erstreckt, [a]) so versteht sich doch solches unter der nothwendigen Bedingung, wenn diese Güter dem Schuldner wirklich würden erworben seyn; [b]) mithin, so lange der Schuldner noch etwas nicht wirklich und vollkommen [c]) erworben hat, kann das den Gläubigern zuständige Pfandrecht sich auch nicht darüber erstrecken. Wird also das Pfandrecht der allgemeinen hypothekarischen Gläubiger, in Ansehung der zukünftigen Güter des Schuldners, vor dem wirklichen vollkommenen Erwerbe des Schuldners nicht begründet, so läst sich auch kein Grund

z) *L. 8 pr. D. quib. mod. pignus vel hypoth. solvitur.*

a) *L. fin. C. quae res pignori obligari possunt.*

b) *L. 16, §. 7 D. de pignor.*

c) Daher kann es sich auch nicht auf dasjenige erstrecken, was dem Schuldner *ipso iure* anheim fällt, so lange er solches noch nicht acceptirt hat.

annehmen, vermöge dessen man ihnen die hypothekarische Klage zur Revocation gestatten könnte.

Hat hingegen zweytens der Schuldner eine Erwerbung *mala fide*, und in der Absicht, seine Gläubiger zu hintergehen, unterlassen, so ist es sehr streitig unter den Rechtslehrern, was in einem solchen Falle Rechtens ist. Zur bessern Darstellung des Ganzen muss der Unterschied gemacht werden, ob durch eine solche Nichterwerbung des Schuldners die übrigen Gläubiger ausser dem Fiscus, oder der Fiscus selbst verletzt ist. Von dem erstern Falle will ich zuerst handeln, und zwar so, dass ich die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer darüber voraus schicke und alsdann mein eignes Urtheil hinzu füge.

Die Rechtslehrer, welche die vorliegende Frage zum Gegenstande ihrer Untersuchung gemacht haben, lassen sich unter drey Classen bringen, je nachdem sie entweder die von dem Schuldner unterlassene Erwerbung durchaus für nichtig erklären, und den Gläubigern das Recht, solche zurück zu rufen, zusprechen, oder nur in gewisser Rücksicht solches annehmen, oder endlich die Nichterwerbung des Schuldners überhaupt für gültig erklären und den Gläubigern das Revocations-Recht schlechthin absprechen.

Was I. diejenigen Rechtslehrer [d]) betrifft, welche alle von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* betrügerischer Weise unterlassene Erwerbungen als ungültig ansehen, und den Gläubigern das Revocations-Recht in so fern, als nur dasselbe wirksam gemacht werden kann, zusprechen, so bedienen sich selbige folgender Gründe: 1. Der Schuldner sey nicht nur nach natürlichen, sondern auch nach positiven Gesetzen schuldig, den Gläubigern dasjenige zu entrichten, was er ihnen schuldig ist, mithin auch alle Mittel anzuwenden, diese seine Verbindlichkeit zu erfüllen; folglich sey der Schuldner auch verbunden, sein Vermögen zum Vortheile seiner Gläubiger zu vermehren. 2. Die betrügerische Nichterwerbung des Schuldners sey nicht nur der natürlichen Billigkeit entgegen, sondern werde auch in den Gesetzen, wenn nicht ausdrücklich, doch stillschweigend, dadurch gemissbilligt, dass *Papinian*

d) Vergleiche *Vincent de Franchis* in *Decis.*, Decis. 101, No. 3, und die daselbst angeführten Rechtslehrer; *David Maevius*, in *Discuss. levamin. inopiae debitorum*, C. 4, Lect. 2, No. 30 seq., et Cap. 5, No. 137; *Joh. Schilter*, in *Praxi iuris Romani*, Exercit. 46, Th. 53.

in der *L.* 74 *D. de regulis iuris* ſagt: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*, wovon aber offenbar hier das Gegentheil geſchehen würde, wenn man dem Schuldner das Recht zuſprechen wollte, einen ihm vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* anheim gefallenen Erwerb in der Abſicht auszuſchlagen, um dadurch die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken. 3. Sey es zwar einem jeden erlaubt, auf ein ihm zuſtändiges Recht Verzicht zu leiſten, allein dieſe Verzichtsleiſtung verſtehe ſich immer unter der nothwendigen Einſchränkung, wenn einem Dritten dadurch kein Nachtheil zugefügt wird. 4. Scheine es zwar, als wenn nach den Geſetzen der Pandecten dem Schuldner die Befugniſs zugeſtanden worden ſey, vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* in der Abſicht, um ſeine Gläubiger zu betrügen, einen zu machenden Erwerb zu verſtoſsen; allein eines Theils ſey in Anſehung dieſes Punkts von dem Kaiſer *Juſtinian* in der Novelle 135, Kap. 1, eine Abänderung getroffen worden, und andern Theils müſsten dieſe Grundſätze der Pandecten zum Vortheile der Gläubiger ſo interpretirt werden, daſs dabey die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aufrecht erhalten werde, welche ſchlechterdings die Verſtoſsung eines zu machenden Erwerbes nicht zulaſſe, indem ſelbſt in den Geſetzen dem Richter empfohlen werde, mehr auf Billigkeit als auf das ſtrenge Recht Rückſicht zu nehmen. Die Rechtslehrer, welche dieſer Meinung, die ich hier nebſt ihren Gründen aufgeführt habe, zugethan ſind, nehmen an, daſs dem Schuldner, ſo bald er vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* einen Erwerb verſtoſsen hat, wodurch den Gläubigern ein Nachtheil zugefügt iſt, von demſelben der Eid über die betrügeriſche Abſicht deferirt werden könne, und wenn er dieſen nicht zu leiſten im Stande iſt, den Gläubigern die Revocation geſtattet werden müſſe.

Wir kommen nun II. zu denjenigen Rechtslehrern, [e]) welche dem Schuldner die Befugniſs, vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* eine Erwerbung betrügeriſcher Weiſe zu verſtoſsen, zwar nicht im Ganzen, jedoch in gewiſſen Fällen abſprechen, nämlich alsdann, wenn ihm etwas entweder ſchon wirklich deferirt oder

e) *Benedict Carpzov*, in *Deciſion.*, P. 2, Dec. 161, No. 20 ſeq.; *Joh. Brunnemann*, ad *L.* 26 *D. de bon. libertor.*, No. 3 ſeq.; *Carl Gottfr. Ittig*, in *Diſſ. de intermiſſ. adquiſitionis in praeiudic. tertii*, §. 35; *Joh. Heinr. v. Berger*, in *Oecon. iur.*, L. 2, T. 2, §. 34, Not. 21, p. 300.

wohl gar ſchon *ipſo iure* erworben worden iſt. Ihre Gründe ſind folgende: 1. Sey zwar in den Geſetzen der Pandecten die Verſtoſsung eines Nichterwerbes vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* für gültig erklärt, wenn auch gleich der Schuldner dabey die Abſicht gehabt habe, ſeine Gläubiger zu betrügen; allein dieſe Beſtimmung müſſe aus andern Geſetzen dahin eingeſchränkt erklärt werden, wenn nämlich etwas dem Schuldner noch nicht deferirt worden, oder demſelben noch nicht *ipſo iure* anheim gefallen ſey. 2. An demjenigen, was dem Schuldner entweder ſchon deferirt, oder wohl gar *ipſo iure* anheim gefallen ſey, komme ihm ein *Ius praeſens* und *purum* zu, daher daſſelbe gleichſam als ein Theil ſeines Vermögens betrachtet, und folglich die Verſtoſsung zu den Vermögensverringerungen gerechnet werden müſſe, beſonders alsdann, wenn der Schuldner etwas ausſchlage, was ihm bereits *ipſo iure* erworben war. Selbſt *Modeſtin* beſtätige dieſen Grundſatz in der *L.* 23 *D. de donationibus* dadurch, daſs er einen Nichterwerb, worauf jemanden ein ausgemachtes Recht zuſteht, zu den Schenkungen rechnet, eine Schenkung aber immer eine Sache voraus ſetze, die ſich in dem Vermögen des Schenkers bereits vollkommen befand. 3. Würde im entgegen geſetzten Falle ein Widerſpruch in den Geſetzen entſtehen, indem *Africanus* in der *L.* 26 *de bonis libertorum* die von dem Erben eines Freygelaſſenen zum Nachtheile des Patrons betrüglicher Weiſe unternommene Repudiation eines dem Freygelaſſenen hinterlaſſenen Vermächtniſſes für ungültig erkläre, und zwar aus dem Grunde, weil das Vermächtniſs *ipſo iure* erworben, und daher als ein Theil des Vermögens des Freygelaſſenen von dieſem Rechtsgelehrten angeſehen werde. *Berger*, f) welcher auch dieſer Meinung beypflichtet, nimmt jedoch an, daſs die von dem Schuldner geſchehene Verſtoſsung eines Erwerbes alsdann ohne Unterſchied als gültig angenommen werden müſſe, wenn ſolche entweder zum Vortheile ſeiner Kinder oder ſonſtiger naher Verwandten geſchehen iſt, weil man hier annehmen müſste, daſs dieſe Handlung von dem Schuldner mehr aus Zuneigung, als in der Abſicht, ſeine Gläubiger zu betrügen, unternommen worden ſey.

Was endlich III. diejenigen Rechtslehrer betrifft, g) welche die Nichterwerbung des Schuldners vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* allgemein für gültig

f) *A. a. O.*

g) *Guſtav Bernh. Becmann* D. *de de-*

erklären, und den Gläubigern das Revocations-Recht schlechthin absprechen; so bedienen sich diese vorzüglich folgender Gründe: Es ist, sagen sie, 1. zwar nicht zu läugnen, dass der Schuldner die natürliche so wohl, als bürgerliche Verbindlichkeit auf sich hat, den Gläubigern das, was er ihnen schuldig ist, zu entrichten, und mithin auch zum Vortheile seiner Gläubiger zu erwerben; allein hieraus folgt noch nicht das Recht der Gläubiger, einen von demselben verstossenen Erwerb von einem Dritten zu revociren, sondern nur bloss das Recht, auf die Bestrafung des Schuldners zu dringen, wenn er den Erwerb betrügerischer Weise zum Nachtheile seiner Gläubiger unterlässt. Denn es fehlt hier an dem Grunde der prätorischen Billigkeit, vermöge deren der Prätor den Gläubigern die Revocation einer von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* betrüglicher Weise unternommenen Vermögensverringerung verstattete. Denn wenn auch a. ein Dritter, welcher durch die Nichterwerbung des Schuldners einen Vortheil erhalten hat, wusste, dass der Schuldner die Erwerbung in der Absicht verstiess, um seine Gläubiger zu betrügen, oder wohl gar mit ihm zu diesem Ende colludirte; so kann man doch nicht sagen, dass der Schuldner solchen auf ihn übergetragen habe, indem dies, dass der Schuldner etwas ausschlug, nur bloss zur Folge hatte, dass dem Dritten das *Ius acquirendi* anheim fiel, mithin der Dritte nicht *ex facto debitoris*, oder aus der Uebertragung desselben, sondern *iure suo et proprio* erwarb, z. B. wenn der Schuldner eine Erbschaft ausschlug, welche nunmehr diesem Dritten deferirt wurde. Eben so b. wenn der Dritte nicht um die betrügerische Absicht des Schuldners wusste, kann man denselben nicht zur Restitution des durch die Verstossung des Schuldners erhaltenen Erwerbes verbindlich halten, indem der Grund der prätorischen Billigkeit: *Nemo cum damno alterius fieri debet locupletior*, auch hier wegfällt, weil dieser Grund nicht allgemein anzunehmen ist, sondern unter der Einschränkung verstanden werden muss, wenn jemand durch die Sache eines andern, oder aus der Sache desselben, mit dem Nachtheile entweder des Eigenthümers oder eines Dritten, Vortheil erhalten hat, dies aber hier nicht der Fall ist, indem der verstossene Erwerb

bitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente, §. 15 seq., in welcher vortrefflichen Abhandlung diese Materie meisterhaft erörtert ist.

noch nicht ein Theil des schuldnerischen Vermögens war. 2. Bestätigen die Gesetze ausdrücklich die Befugniss des Schuldners, vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* Erwerbungen zu verstossen, und sprechen den Gläubigern die Befugniss ab, selbige zu revociren. Zwar gestattet der Prätor *Paulus* in seinem Edicte, womit uns *Ulpian* in der *L.* 1 *pr. D. quae in fraudem creditorum* bekannt macht, den Gläubigern allgemein das Recht, betrügerische, zu ihrem Nachtheile von dem Schuldner in Ansehung seines Vermögens vorgenommene Dispositionen umzustossen; allein *Ulpian* schränkt diese prätorische Verordnung bey der Interpretation des prätorischen Edicts ausdrücklich auf die von dem Schuldner unternommene Vermögensverringerung ein, und spricht den Gläubigern in der *L.* 6 *pr. D. quae in fraudem creditorum* den Gebrauch der aus diesem Edicte entspringenden Rechtswohlthaten ab, wenn die Disposition des Schuldners in Ansehung seines Vermögens nicht in einer Vermögensverringerung, sondern in einer blossen Nichterwerbung besteht.

Prüft man diese verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer über den Punkt, ob der Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* zum Nachtheile seiner Gläubiger einen zu machenden Erwerb gültig und so verstossen könne, dass die Gläubiger denselben nicht zu revociren berechtigt sind; so ergiebt sich alle Mahl der Vorzug der letztern Meinung, welche dem Schuldner die Befugniss, einen jeden Erwerb zu verstossen, zuspricht, und den Gläubigern das Recht versagt, diese Verstossung anzufechten und den unterlassenen Erwerb zu revociren. Denn läfst sich gleich nicht läugnen, dass die gegenseitige Meinung der Billigkeit weit angemessener ist, so vermag doch die Billigkeit da nichts, wo Gesetze reden, welche, wenn sie auch wirklich noch so hart sind, doch immer den Vorzug behalten müssen.

Die Gesetze der Pandecten verordnen mit ausdrücklichen Worten, dass ein Schuldner vor der *Cessio* oder *Immissio* einen zu machenden Erwerb gültig soll verstossen können, wenn er auch die Absicht hat, dadurch die Gläubiger zu verletzen. Den Gläubigern wird zur Revocation dieser verstossenen Erwerbung die Paulianische Klage schlechterdings abgesprochen, und ein anderes Rechtsmittel giebt es nicht, vermittelst dessen sie solche zurück rufen könnten. Ausdrücklich sagt *Ulpian* bey der Interpretation des prätorischen Edicts

in der L. 6 *pr. D. quae in fraudem creditorum: quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad* (*hoc*) *Edictum non pertinet: pertinet* (*enim*) *Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.* Diese Verordnung des Pandecten-Rechts ist auch nicht durch neuere Gesetze, am wenigsten aber durch die Novelle 135, Kap. 1, aufgehoben. *Justinian* verordnet in diesem Gesetze, daſs kein Schuldner zu der seiner Ehre nachtheiligen Güterabtretung gezwungen werden, noch, wenn kein Gegenstand derselben vorhanden ist, in die den Schuldnern gesetzlich gedroheten Strafen durchaus verfallen soll, sondern er verleiht dem unglücklichen Schuldner zu seinem Schutze das *Beneficium eiurationis*, oder die Ableistung eines Eides: *quod nulla rerum causa occasione, aut aurum reliquum habeat, unde aeris alieni supplementum faciat,* und fügt nun hinzu: *Praeterea, si qua ipsi,* (nämlich dem Schuldner,) *iura Lex vel ex hereditate vel cognatorum donatione in rebus mobilibus praestet, in quarum possessione nondum constitutus sit, competere tamen ipsi videantur, possintque creditores vel partem ex iis, vel etiam totum colligere, extra tamen res uxoris, siquidem revera ad illam pertineant, hoc fiat, creditoribusque huiusmodi actionum vindicandi, et in personam eius, qui aliquando iurium futurus sit dominus, actiones instituendi, sive praesens debitor est, sive non, et,* (*ut simpliciter dicamus,*) *quo ad actionem et vindicationem rerum consistendi in persona eius, qui ita fuerit obnoxius, licentia sit.* *Justinian* erlaubt hier den Gläubigern, nachdem sich der Schuldner des *Beneficii eiurationis* bedient hat, sich derjenigen Rechte des Schuldners anzumaſsen, welche demselben zustehen, und auf einen Erwerb abzwecken, um, wo möglich, dadurch einiger Maſsen zu ihrer Befriedigung zu gelangen, (vergl. oben S. 136 folg.) Damit ist aber nicht den Gläubigern auch das Recht eingeräumt worden, dasjenige zu revociren, was der Schuldner vor der *Cessio* oder *Immissio* hätte erwerben können, aber zu ihrem Nachtheile nicht erworben hat. [h])

h) Dies scheint auch selbst *Mävius*, der vorzüglich behauptet, daſs in der Novelle 135 das Pandecten-Recht abgeändert worden sey, eingesehen zu haben, indem er in seinem *Comment. ad ius Lubec.*, P. 2, Tit. 2, Art. 12, No. 457, die Nichterwerbung des Schuldners für zu Recht beständig erklärt.

Wir haben gesehen, dass die Gesetze der Pandecten dem Schuldner ganz allgemein erlauben, einen vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* zu machenden Erwerb gültig zu verstoßen, und den Gläubigern das Recht absprechen, denselben zu revociren; allein damit ist noch nicht die Frage beseitigt, ob nicht diese Gesetze eingeschränkt erklärt werden müssen, oder von allem möglichen Erwerbe zu verstehen sind; mithin der gegenseitigen Behauptung noch nicht ganz begegnet. Es ist daher unsre Pflicht, da wir der oben erwähnten letztern Meinung der Rechtslehrer durchgängig beygetreten sind, auch zu zeigen, dass diese Verordnung der Gesetze von allem nur möglichen von dem Schuldner zu machenden, aber unterlassenen, Erwerbe verstanden werden müsse.

Dasjenige, was ein Schuldner zu erwerben unterläßt, kann von einer dreyfachen Beschaffenheit seyn: nämlich 1. etwas, was ihm nicht einmahl deferirt worden, er aber gleichwohl doch hätte erwerben können; 2. etwas, was ihm wirklich deferirt ist; und 3. etwas, was ihm zwar *ipso iure,* jedoch noch erst unvollkommen, war erworben worden. Ich will zeigen, dass der Schuldner, er möge zu erwerben unterlassen, was er will, von den Gesetzen gerechtfertigt, und den Gläubigern die Revocation des Erwerbes durchgängig abgesprochen werde.

Wenn 1. der Schuldner etwas zu erwerben unterläßt, was ihm nicht einmahl war deferirt worden, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, dass diese seine Handlung zu Recht beständig sey und der unterlassene Erwerb nicht von den Gläubigern revocirt werden könne. Denn wollte man die Worte *Ulpians* in der *L. 6 pr. D. quae in fraudem creditorum* auch noch so eingeschränkt erklären; so würde doch, vermöge derselben, diese Handlung des Schuldners entschuldigt werden müssen, weil sonst gar nicht abzusehen seyn würde, worauf *Ulpian* hier Rücksicht genommen haben sollte, zumahl da wegen der Ungewissheit eines solchen Erwerbes die Gläubiger am wenigsten gefährdet werden. Allein wir bedürfen nicht einmahl dieser so gegründeten Vermuthung, indem selbst dieser Rechtslehrer, *a. a. O.*, §. 1, zur Erläuterung seiner zuvor aufgestellten generellen Grundsätze hinzu fügt: *unde, si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne*

faciat huic Edicto locum, und an einem andern Orte [i]) gleiche Grundſätze hegt, mithin ſich noch über dies ganz deutlich und beſtimmt darüber erklärt, daſs der Schuldner jeden zu machenden Erwerb, der ihm nicht einmahl iſt deferirt worden, gültig auszuſchlagen berechtigt ſeyn ſoll. Wenn daher der Schuldner etwas, was ihm noch nicht iſt deferirt worden, zu erwerben vernachläſſigt, ſo können die Gläubiger ſolches nicht revociren, er möge dabey verfahren ſeyn, auf welche Art und Weiſe er wolle.

Wir kommen nun 2. auf die Unterlaſſung des Erwerbes desjenigen, was dem Schuldner wirklich iſt deferirt worden, und wollen auch zeigen, daſs dieſe nach den Geſetzen der Pandecten zu Recht beſtändig und unter jenem allgemeinen Ausſpruche *Ulpians* begriffen ſey. Wenn dem Schuldner etwas deferirt wird, ſo kann dieſes nach dem Römiſchen Rechte auf eine doppelte Art geſchehen, nämlich entweder unmittelbar, oder mittelbar durch eine Perſon, die ſich unter ſeiner Gewalt befindet. In beyden Fällen erklären die Geſetze die von ihm betrügeriſcher Weiſe unterlaſſene Erwerbung für gültig.

Wenn erſtens dem Schuldner unmittelbar etwas deferirt wurde, ſo konnte dieſe Delation entweder durch den Willen eines andern geſchehen, oder durch die Verordnung der Geſetze, und im erſtern Falle ſo wohl durch eine Handlung unter den Lebendigen als des Todes wegen. Schlägt der Schuldner einen Erwerb aus, welcher ihm von einem andern durch eine Handlung unter den Lebendigen deferirt wird, z. B. Schenkung, ſo erklärt *Ulpian* dieſe Handlung in der *L.* 1, §. 6 *D. ſi quid in fraudem patroni* ausdrücklich für gültig. Er redet hier zuvörderſt von dem Falle, wenn ein Freygelaſſener ein Vermächtniſs zum Nachtheile des Patrons ausgeſchlagen hatte, und nachdem er dieſes rechtlich billigt, ſo fügt er hinzu: *in caeteris quoque liberalitatibus, quas non admiſit is libertus, cui quis donatum voluit, idem erit probandum.* Gleicher Maſsen beſtätigt dieſer Rechtslehrer die Handlung des Schuldners, wenn er etwas, was ihm durch eine Handlung des Todes wegen iſt deferirt worden, betrüglicher Weiſe zu erwerben verabſäumt und von ſich geſtoſsen hat. *Proinde*, (ſagt er in der *L.* 6, §. 2 *D. qui in fraudem creditorum*,) *et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel teſtamentariam,*

i) *L.* 1, §. 6 *D. ſi quid in fraud. patroni.*

non eſt in ea cauſa, ut huic Edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non ſuum patrimonium deminuit. [k]) Eben dieſer Meinung iſt auch *Valens* in der *L.* 67, §. 1 *D. ad SCt. Trebellianum*, wenn er ſagt: *Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum conſilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem ſuſpectam adibis, et reſtitues mihi; quia et remoto fideicommiſſum liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali commodo fraudare; et ego nihil turpiter faciam, recipiendo eam hereditatem, quam remota poſtulatione mea creditores compellere te, ut adires non potuerint.* Aber nicht nur dasjenige kann, nach den dürren Worten der Geſetze, der Schuldner gültig von ſich ſtoſsen, was ihm durch eine menſchliche Handlung war deferirt worden, ſondern auch an demjenigen ſteht ihm dieſe Befugniſs zu, was ihm nach unmittelbarer Verordnung der Geſetze deferirt wird. Denn ſo erklärt a. *Ulpian* die von dem Schuldner geſchehene Repudiation einer durch ein Teſtament ihm deferirten Erbſchaft nicht allein für gültig, ſondern auch die Repudiation einer geſetzlich deferirten Erbſchaft. Auch finden wir b. in andern Geſetzen, daſs auſser der Erbſchaft die Nichterwerbung anderer geſetzlich deferirten Emolumente für völlig gültig erklärt wird. Denn ſo lehrt *Calliſtratus* in der *L.* 20 *D. quae in fraudem creditorum: Debitorem, qui ex SCto Trebelliano totam hereditatem reſtituit, placet non videri in fraudem creditorum alienaſſe portionem, quam retinere potuiſſet*, und eben der Meinung iſt *Papinian* in der *L.* 19 *D. eod.*, wo es heiſst: *Patrem, qui non exſpectata morte ſua fideicommiſſum hereditatis maternae filio ſoluto poteſtate reſtituit, omiſſa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem ſecutus exhibitionis, reſpondi, non creditores fraudaſſe.*

Wenn zweytens dem Schuldner mittelbar etwas deferirt wird, und er dieſes in der Abſicht, die Gläubiger zu betrügen, nicht erwirbt, ſo fehlt es auch hier nicht an ausdrücklichen Geſetzen, welche dieſe ſeine Handlung für rechtsbeſtändig erklären. Denn ſo lehrt ſelbſt *Ulpian* in der *L.* 6, §. 5 *D. quae in fraudem creditorum: Si ſervum ſuum heredem inſtitutum alienavit, ut iuſſu emtoris adeat: ſiquidem in venditione nulla fraus eſt,*

k) Vergleiche auch *L.* 1, §. 6 *D. ſi quid in fraud. patroni.*

ſed in hereditate ſit, ceſſat Edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem. Atſi in ipſa Servi alienatione fraus eſt; revocabitur, quemadmodum ſi eum in fraudem manumiſiſſet. Hätte der Schuldner ſeinen zum Erben eingeſetzten Sclaven nicht veräuſsert, ſo würde er durch denſelben die Erbſchaft erworben haben, und gleichwohl erklärt *Ulpian* dieſe Handlung des Schuldners für gültig, weil ſie auf die Verſtoſsung eines ihm mittelbar deferirten Erwerbes abzweckte, ſo bald nur nicht in der Veräuſserung des Sclaven ſelbſt eine betrügeriſche Abſicht zum Grunde lag, denn in ſolchem Falle hätte die Veräuſserung als eine Vermögensverringerung von den Gläubigern angefochten werden können.

Es bleibt uns noch übrig, auch drittens zu beweiſen, daſs unter jenem oben erwähnten Lehrſatze *Ulpians* auch der Fall enthalten ſey, wenn nämlich der Schuldner vor geſchehener *Ceſſio* oder *Immiſſio* etwas verſtöſst, was ihm zwar *ipſo iure*, jedoch noch erſt unvollkommen war erworben worden, mithin auch dieſe Nichterwerbung für gültig angeſehen werden müſſe und die Gläubiger ſolche nicht anfechten können. Ich habe oben gezeigt, daſs, nach Römiſchen Rechtsbegriffen, jemanden ſo wohl eine *Res ſingularis*, als eine *univerſitas iuris*, *ipſo iure* erworben werden könne, und das erſtere ſich in Anſehung eines *pure* oder unter einer ſchon exiſtirenden Bedingung hinterlaſſenen Vermächtniſſes, das letztere aber ſich in Anſehung der Verlaſſenſchaft des Teſtators bey einem unter ſeiner Gewalt ſich befindenden Erben zutrage. Wenn 1. der Schuldner ein Vermächtniſs ausſchlägt, ſo beſtätigt *Ulpian* ausdrücklich dieſe ſeine Handlung, und ſpricht den Gläubigern die Revocation des Vermächtniſſes vermittelſt der Paulianiſchen Klage ab. *Sed et illud*, ſagt er in der *L.* 6, §. 4 *D. quae in fraudem creditorum, probandum, ſi legatum repudiavit, ceſſare Edictum, quod Iulianus quoque ſcribit*, und eben dieſe Meinung hegt er in der *L.* 1, §. 6 *D. ſi quid in fraudem patroni*, wo er die von einem Freygelaſſenen zum Nachtheile des Patrons unternommene Repudiation eines Vermächtniſſes für gültig erklärt. [1])

1) Dieſem ſteht auch nicht *L.* 26 *D. de bonis libertorum* entgegen, welches Geſetz, wie oben iſt gezeigt worden, die Gegner für ihre Behauptung anführen. In dieſem Geſetze iſt nämlich nicht davon die Rede, ob der Freygelaſſene ein Vermächtniſs zum

Was 2. den Fall betrifft, wenn der Schuldner eine ihm *ipso iure* vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* erworbene Erbschaft, in der Absicht, die Gläubiger zu betrügen, von sich stöst; so ist dieser freylich mehrern Schwierigkeiten unterworfen, als der vorige Fall, indem es hier an ausdrücklichen Gesetzen fehlt, welche diese Nichterwerbung des Schuldners für gültig erklärten, und es wirklich scheint, als wenn *Ulpian* hier eine Ausnahme von seinem allgemeinen Lehrsatze habe machen wollen, indem er bey der Erläuterung desselben in der *L.* 6, §. 2 *D. quae in fraudem creditorum* nur blos die Verstosung einer deferirten Erbschaft für gültig erklärt, da er doch sehr leicht auch der *ipso iure* erworbenen Erbschaften hätte gedenken können. Allein dessen ungeachtet hat es keinen Zweifel, dass auch eine *ipso iure* vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* erworbene Erbschaft von dem Schuldner gültig verstosen werden könne; denn da der Prätor den Kindern das *Beneficium abstinendi* verliehen hat, so gehört eine *ipso iure* erworbene Erbschaft noch so lange zu den unvollkommenen Erwerbungen, bis selbige sich entweder ausdrücklich oder stillschweigend über die willkührliche Erwerbung erklärt haben, mithin läst sich hier eben derselbe Grund analogisch anwenden, vermöge dessen *Ulpian* die Repudiation eines Vermächtnisses für gültig erklärt. m)

Da also, wie wir gesehen haben, die von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* betrügerischer Weise unternommene Verstosung eines jeden Erwerbes durch ausdrückliche Gesetze für gültig erklärt, und den Gläubigern das Revocations-Recht abgesprochen wird; so können auch wahrlich alle Gründe der Gegner nichts releviren, welche von der Verbindlichkeit des Schuld-

Nachtheile des Patrons repudiiren kann, sondern blos davon, ob der Erbe des Freygelassenen dieses von dem Freygelassenen nicht selbst repudiirte Vermächtnis auszuschlagen befugt ist; und dieses letztere läugnet *Africanus* aus dem Grunde, weil gegenwärtig das Vermächtnis, da es der Freygelassene selbst nicht repudiirt hatte, als eine vollkommene Erwerbung desselben angesehen wird. Ueber dies kann das, was hier von dem Erben des Freygelassenen gesagt wird, der besondern Umstände wegen nicht auf den Freygelassenen selbst angewendet werden, welcher, nach der deutlichen Lehre *Ulpians* in dem im Texte angeführten Gesetze, *in fraudem patroni* ein Vermächtnis gültig auszuschlagen berechtigt ist.

m) *Becmann* in der oben angeführten Dissertation, §. 21.

ners sein Vermögen zum Vortheile seiner Gläubiger hergenommen sind. Denn läſst sich gleich nicht läugnen, daſs der Schuldner immer natürlich verbunden bleibt, sein Vermögen zum Vortheile seiner Gläubiger zu vermehren; so ist doch diese Verbindlichkeit nach bürgerlichen Gesetzen unwirksam, so unwirksam, daſs die Gläubiger ihn so wenig zum Erwerbe zwingen, als den unterlassenen Erwerb mit der Paulianischen Klage revociren können. Alle Gesetze, welche die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung anführen, müssen auch hier unbedeutend bleiben, und können nichts entscheiden, indem für unsre Behauptung deutliche Gesetze reden, und da, wo dies der Fall ist, alle Gründe hintan gesetzt werden müssen, welche nur etwa bey dem Mangel deutlicher Gesetze zur Entscheidung aufgefunden werden könnten. Dies voraus gesetzt, lohnt es nicht die Mühe, ein jedes Argument der Gegner noch besonders zu widerlegen, indem alle ihre Argumente, welchen wir nicht schon oben bey Gelegenheit begegnet haben, theils von der Billigkeit, die doch da, wo Gesetze reden, hintan gesetzt werden muſs, [n]) theils von Gesetzen abstrahirt sind, welche gar nicht zu dem vorliegenden Falle gehören.

Erkläre ich also gleich alle vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* von dem Schuldner betrügerischer Weise geschehene Verstoſsungen eines zu machenden Erwerbes, er sey von welcher Art und Weise er wolle, für völlig gültig und zu Recht beständig, und spreche den Gläubigern das Revocations - Recht ab; so muſs ich jedoch noch erinnern, daſs ich diesen Satz nur unter der nothwendigen Bedingung annehme, wenn die Nichterwerbung des Schuldners eine wahre Nichterwerbung ist, nicht alsdann, wenn sie nur eine solche zu seyn scheint, aber eigentlich wie eine Verringerung seines Vermögens betrachtet werden muſs. Hierher gehört 1. der Fall, wenn nämlich der Schuldner auf ein ihm zuständiges und schon vollkommen erworbenes Recht renunciirt, welches auf einen Erwerb abzweckt, wenn auch gleich solches erst von einer Bedingung abhängig seyn sollte: denn da Rechte ebenfalls zu dem Vermögen eines Menschen gehören, so wird hier durch die Verzichtsleistung auf dieses Recht wirklich das Vermögen des Schuldners verringert. Wenn daher z. B. der Schuldner betrügerischer Weise auf diejenigen Emolumente Verzicht leisten wollte, welche er aus den Ehe - Pacten

n) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 492, Med. 4.

oder andern Verträgen erworben hat, so würde diese Renunciation als eine Vermögensverringerung von den Gläubigern mit der Paulianischen Klage angefochten werden können. Ferner 2. gehört hierher auch der Fall, wenn der Schuldner mit der Verstossung eines zu machenden Erwerbes eine ausdrückliche Uebertragung desselben auf einen Dritten verbindet: denn in solchem Falle wird es so angesehen, als wenn der Schuldner wirklich erworben, und den gemachten Erwerb auf diesen Dritten transferirt hat; mithin muss seine Handlung wie eine Vermögensverringerung angenommen und den Gläubigern zur Revocation die Paulianische Klage verstattet werden. *Si donaturum mihi iussero*, lehrt *Ulpian* in der *L.* 3, §. 13 *D. de donationib. inter v. et u.*, *uxori meae dare: ait enim Iulianus, nullius esse momenti: perinde enim habendum, atque si ego acceptam, et rem meam factam, uxori meae dedissem: quae sententia vera est.* Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem Falle, wenn der Schuldner einen Erwerb verstiess, welcher nunmehr nach gesetzlicher Verordnung, oder nach dem Willen desjenigen, von dem er herrührte, einem Dritten deferirt wurde, ergiebt sich leicht von selbst, indem der Dritte in einem solchen Falle *iure suo et proprio*, in dem hier unterstellten Falle aber *ex iure debitoris* erwirbt. o)

Noch eine Bemerkung, ehe ich diese Materie verlasse. Wie, wenn der Schuldner einen Erwerb in der betrügerischen Absicht, um die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken, zum Scheine verstösst, gleichwohl aber bewirkt, dass ihm derselbe auf einem andern Wege und so zuwächst, dass die Gläubiger davon nicht participiren können? Einen Fall dieser Art erzählt *Berlich*, p) den ich zur Erläuterung hier anführen will. Ein verschuldeter Ehemann leistete auf die statutarische Portion seiner Ehefrau in der Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, Verzicht, traf aber mit seiner Ehefrau die Uebereinkunft, dass sie ihn im Testamente zum Erben einsetzte, jedoch zugleich verordnete, dass von dieser Erbschaft nichts auf die Gläubiger kommen sollte. Die Leipziger und Wittenbergischen Rechtslehrer erklärten die Renunciation des Schuldners auf die statutarische

o) *Becmann a. a. O.*, §. 25.

p) In *Decisionib.*, P. 1, Decis. 114, No. 19.

Portion so wohl, als die testamentarische Disposition der Ehefrau für null und nichtig. Ich gebe zwar gern zu, daſs auf den Fall, wenn der Schuldner etwas zum Scheine verstöſst, jedoch aber wirklich erwirbt, diese simulirte Handlung, so wie jede andere simulirte Handlung nichtig sey, und besonders einem Dritten, wie hier den Gläubigern, nicht zum Nachtheile gereichen kann: allein ob bey dem vorgetragenen Rechtsfalle die Renunciation des Ehemannes umgestoſsen und das Testament der Ehefrau für ungültig erklärt werden konnte, bleibt noch alle Mahl eine groſse Frage, indem hier der Ehemann auf einem andern Wege erwarb, seine betrügerische Verzichtsleistung auf die statutarische Portion nach den oben angeführten Grundsätzen als gültig angenommen werden muſste, und dem Testamente seiner Ehefrau hier wirklich nichts entgegen stand, indem sie als eine dritte Person über ihr Vermögen so disponiren konnte, als sie wollte.

Wir haben bisher gesehen, was Rechtens sey, wenn die übrigen Gläubiger durch eine betrügerische Nichterwerbung des Schuldners Nachtheil erlitten haben; jetzt wollen wir auch untersuchen, was Rechtens ist, wenn diese Verletzung den Fiscus betrifft. So wie der Fiscus auf den Fall Vorzüge genieſst, wenn der Schuldner sein Vermögen zum Nachtheile seiner Gläubiger verringert hat: eben so genieſst er auch dieselben in dem Falle, wenn dieser Nachtheil durch eine Nichterwerbung desselben vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* bewirkt ist. Wenn nämlich der Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* etwas in der Absicht, um den Fiscus zu betrügen, zu erwerben unterläſst, so erlauben die Gesetze dem Fiscus, solchen Erwerb zu revociren. *In fraudem fisci*, sagt *Paulus* in der *L.* 45 *pr. D. de iure fisci*, *non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est, et si non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur.* Zwar behauptet *Andreas Alciatus*, q) daſs die Worte dieses Gesetzes: *et si non quaeratur*, nicht von dem unterlassenen Erwerbe des Schuldners überhaupt verstanden werden müſsten, sondern nur bloſs von der Verstoſsung eines noch nicht ganz vollkommenen Erwerbes, welchen der Rechtsgelehrte *Paulus* zum Vortheile des Fiscus hier nach den Grundsätzen von der Alienation habe beurtheilt wissen wollen. Allein diese Behauptung verdient um deſswillen

q) *Parergor.* L. 3, C. 19.

nicht den mindesten Beyfall, weil 1. in diesem Gesetze die Alienation und Nichterwerbung gerade einander entgegen gesetzt werden, und nun 2. der Rechtsgelehrte den Fiscus dadurch allgemein begünstigt, dass er hinzu fügt: *aeque enim in omnibus fraus punitur*, mithin nach allen Regeln der Auslegungskunst die Worte: *et si non quaeratur*, von einem jeden von dem Schuldner verstossenen Erwerbe verstanden werden müssen.

Steht also gleich, nach den dürren Worten der Gesetze, dem Fiscus das Recht zu, einen jeden von dem Schuldner vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* verstossenen Erwerb, in so weit er dadurch verletzt ist, zu revociren, so muss doch dieses Fiscus - Recht nothwendig unter folgenden Einschränkungen verstanden werden: a. Wenn der Schuldner die Absicht hat, den Fiscus zu betrügen, indem die Anfangsworte der *L. 45 pr. D. de iure fisci* solches deutlich als *conditio sine qua non* unterstellen. Diese Absicht des Schuldners wird hier eben so wenig, als überhaupt eine betrügerische Absicht von ihm vermuthet, daher auch *Ulpian* in der *L. 26 D. de iure fisci* sagt: *Cum quidam capitis reus emancipasset filium, ut hereditatem adiret, praescriptum est, non videri in fraudem fisci factum, quod adquisitum non est.* r) b. Wenn der von dem Schuld-

r) Wenn ich hier ein Gesetz so ganz beyläufig anführe, welches den Auslegern so viel zu schaffen gemacht hat, und es zur Unterstützung eines Satzes brauche, auf den es nie ist angewendet worden; so muss ich mich deshalb noch ganz kurz rechtfertigen. Die Ausleger dieses Gesetzes nehmen nur bloss auf die Worte desselben: *non videri in fraudem fisci factum, quod adquisitum non est*, Rücksicht, wissen nun solches nicht mit der Lehre *Ulpians* in der *L. 45 pr. D. de iure fisci* zu reimen, wo offenbar das Gegentheil gesagt wird, und verfallen daher, zur Vereinbarung dieser nun einander wirklich widersprechenden Gesetze, auf verschiedene Interpretationen. Vergleiche *Cuiacius* in *Recitat. ad divers. Dig. titul.*, ad *L. 26 D. quae in fraud. credit.*; *Wolfgang Adam Lauterbach Colleg. theoret.-pract.*, *tit. quae in fraud. creditor.*, §. 8; *Augustin de Leyser Medit. ad Pandect.*, Spec. 497, Med. 1; *Marc. Ant. Peregrinus de iure fisci*, L. 5, T. 1, No. 19; u. a. m. Reisst man aber nicht einige Worte des Gesetzes aus ihrem Zusammenhange mit dem Ganzen, sondern erwägt das Gesetz in seinem ganzen Umfange, so leuchtet es sogleich ein, dass es mit der *L. 45 D. eod.* nicht im mindesten Widerspruche steht, sondern vielmehr dieses Gesetz aufs beste bestätigt. Der Rechtsgelehrte *Paulus* redet hier von einem Schuldner des Fiscus, der seinen Sohn emancipirte, um eine Erbschaft anzutreten, die sonst dem Schuldner erworben seyn würde, wenn er den Sohn in der väterlichen Gewalt zurück behalten haben würde. Er sagt, hier sey auf Seiten des Schuldners nicht die Absicht zu vermuthen, dass er

ner verstossene Erwerb ein gewisser und bestimmter Erwerb war, z. B. Schenkung, Vermächtniss, Erbschaft u. s. f., und *titulo lucrativo* von dem Schuldner entgegen genommen werden konnte, weil sich im entgegen gesetzten Falle, wegen der Unbestimmtheit des Erwerbes, dieses Recht des Fiscus nicht in Ausübung bringen lassen würde.

Sonst stehen dem Fiscus zur Revocation eines von dem Schuldner verstossenen Erwerbes dieser Art eben dieselben Rechtsmittel zu, welche ihm in dem Falle zuständig sind, wenn der Schuldner zu seinem Nachtheile eine Vermögensverringerung unternommen hat, und bedarf es auch hier der Paulianischen Klage nicht, welche so überhaupt nur zur Vernichtung einer Vermögensverringerung des Schuldners den Gläubigern gestattet ist.

VIERZEHNTES KAPITEL.

Schlussbemerkungen über das neu-Römische Verfahren in Schuldsachen. Anfang und Ende des Schuldenwesens. — Kosten. — Bestrafung böser Schuldner.

Es sey mir erlaubt, gegenwärtig, wo ich das neu-Römische Verfahren in Schuldsachen, sammt Allem, was zum Schuldenwesen bey den Römern gehörte, vollständig abgehandelt habe, noch am Schlusse einige Bemerkungen hinzu zu fügen, die, so allgemein sie auch seyn werden, doch über das, was ich in den folgenden Kapiteln sagen werde, grosses Licht verbreiten müssen. Es kommt mir nämlich sehr darauf an, die Haupttheile des Römischen Schuldverfahrens und Schuldenwesens deutlich darzustellen, um theils davon in der Folge Anwendung zu machen, theils das Unterscheidende des heutigen so genannten Concurses dadurch besser zeigen zu können.

den Fiscus habe betrügen wollen. Und warum nicht? Weil man eher annehmen konnte, dass er solches zur Begünstigung seines Kindes gethan habe. Die Worte: *quod non acquisitum est*, stehen hier bloss zum Ueberflusse und dienen zur Erläuterung, sollen aber im mindesten nicht die Frage entscheiden: ob der Schuldner zum Nachtheile des Fiscus einen Erwerb ausschlagen könne.

I. Wenn gleich ein Schuldenwesen in der That schon von dem Augenblicke vorhanden war, da der Schuldner seine Gläubiger nicht mehr befriedigen konnte, oder da er mehr passives als actives Vermögen hatte; so glaubten doch die Römischen Gesetzgeber darauf keine Rücksicht nehmen zu dürfen. Der Schuldner war uneingeschränkter Herr und Eigenthümer seines Vermögens, und konnte darüber schalten und walten, wie er wollte, bis zum wirklichen Ausbruche des Schuldenwesens. Dieser Ausbruch erfolgte mit der unter richterlicher Auctorität verfügten Einsetzung der Gläubiger in den Besitz des gesammten schuldnerischen Vermögens, mit der Erlaubniss, darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen, wenn nicht etwa schon früher der Schuldner sich für insolvent erklärte und sich zur *Cessio bonorum* erbot, in welchem Falle sich von dieser Zeit der Anfang des Schuldenwesens datirte. Ob die Einsetzung in den Besitz des schuldnerischen Vermögens von Anfang an nur Einem Gläubiger, oder ob sie gleich mehrern von ihnen zu Theil geworden war, konnte und durfte nicht in Betrachtung kommen, denn auch die Einem Gläubiger ertheilte allgemeine *Missio* hob die Befugniss des Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen, auf. — So hatten die Römer einen gewissen Zeitpunkt, von welchem sie bey Beurtheilung der Frage: ob eine von dem Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger über sein Vermögen unternommene Verfügung schon *ipso iure* ungültig war, oder ob sie mit den im dreyzehnten Kapitel entwickelten Rechtsmitteln erst angefochten und umgestossen werden müsse, ausgehen konnten. Es ist bekannt, dass es eine doppelte Art von *Missio* gab, die *ex primo* und die *ex secundo edicto*, und es könnte die Frage entstehen, ob schon die erstere das Recht des Schuldners, über sein Vermögen zu verfügen, aufgehoben habe, oder ob dies erst der Fall bey der zweyten gewesen sey, die nach dem neuern Römischen Rechte eine wahre *Adiudicatio* enthielt, (denn dass der Unterschied zwischen *Missio ex primo* und *ex secundo decreto* nur bey den Immissionen in einzelne Güter des Schuldners Statt gefunden haben sollte, ist mir um desswillen nicht wahrscheinlich, weil schon nach dem ältern Rechte, nach welchem die Person des Schuldners allein den Gläubigern Preis gegeben wurde, eine doppelte Zusprechung Statt fand, und was von der Person des Schuldners galt, späterhin auf dessen Vermögen übergetragen wurde.) — Ich glaube,

ſchon die erſte *Miſſio* oder die *ex primo decreto* ſetzte den Schuldner auſser Stand, über ſein Vermögen zum Nachtheile der Gläubiger verfügen zu können. Die zweyte, oder die *Miſſio ex ſecundo decreto*, entzog ihm völlig alle Verfügung, und ſonderte ihn ganz von ſeinem Vermögen ab.

II. Das eigentliche Schuldenweſen begriff bey den Römern folgende Handlungen in ſich:

1. die *Ceſſio* oder *Immiſſio*, womit es ſeinen Anfang nahm;
2. die Beſtellung des *Curatoris bonorum;*
3. die Berichtigung der Gütermaſſe;
4. die Unterſuchung und Berichtigung der Forderungen einzelner Gläubiger;
5. die Unterſuchung, ob die Gläubiger, welche ſich ſpäter mit ihren Forderungen meldeten, noch zur Perception zugelaſſen werden konnten;
6. die *Revocatio* der *in fraudem creditorum alienatorum;*
7. das *Ius ſeparationis* und *vel quaſi* einzelner Gläubiger, die ſolches begehrten;
8. die Abſonderung der fremden Perſonen gehörigen bey dem Schuldner befindlichen Sachen;
9. die Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens; und endlich
10. die Vertheilung deſſelben unter die Gläubiger mit Hinſicht auf die denſelben von den Geſetzen eingeräumten Vorzüge.

Die No. 1 und 7 bemerkten Geſchäfte gehörten allein vor den *Prätor* oder *Praeſes provinciae*, ſpäterhin vor den *Iudex domicilii* des Schuldners. Die übrigen Geſchäfte gehörten vor den *Curator bonorum*. Dieſer beſorgte das Beſte, ſo wohl des Schuldners als der Gläubiger, und regulirte das Ganze auſsergerichtlich. War ein Gläubiger mit ſeinem Ausſpruche nicht zufrieden, ſo wandte er ſich an den Richter, führte ſeine Rechte aus, und bat um Abänderung des Ausſpruchs des *Curatoris bonorum*. Dieſer war gewiſſer Maſsen auch ſchon Stellvertreter des Richters, und eine Art von *Commiſſarius*, den der Richter zur Regulirung des Schuldenweſens niederſetzte, wenn er gleich von den Gläubigern gewählt wurde. Da der *Curator bonorum* bey einem ſolchen Geſchäfte, als die Regulirung des Schuldenweſens war, durchaus die Rechte kennen muſste; ſo glaube ich wohl keine

unrichtige Behauptung zu wagen, wenn ich annehme, dafs er durchaus ein Rechtsgelehrter feyn mufste.

III. Da die Berichtigung der Schuldenmaffe die Unterfuchung einzelner Forderungen der Gläubiger, (nämlich folcher, die nicht fchon vorher berichtigt waren,) und der Priorität Zeit erforderte, fo konnte ein Schuldenwefen bey den Römern auch wohl Jahr und Tag und darüber dauern; aber fo lange als heutiges Tages ein Schuldenwefen gewöhnlich währt, konnte es nicht dauern. Die Natur des Römifchen Prozeffes mufste es fchon abkürzen, und das Verfahren, welches der *Curator bonorum* beobachtete, war über dies ein ganz aufsergerichtliches, bey welchem alle Termine und Friften wegfielen. Ich ftelle mir daffelbe auf folgende Art vor.

Wenn der *Curator bonorum* von den Gläubigern ernannt und von dem Richter beftätigt war, fo war fein erftes Gefchäft, die Gütermaffe zu berichtigen. War diefes Gefchäft, welchem er fich in Gemeinfchaft mit den Gläubigern unterzog, beendigt, fo fchritt er zur Unterfuchung der Forderungen der einzelnen Gläubiger, (die noch nicht berichtigt waren,) und deren Priorität. Begehrten einige Gläubiger die Abfonderung und ausfchliefsende Befriedigung aus einem Theile des fchuldnerifchen Vermögens, fo mufsten fich diefe an den ordentlichen Richter wenden und um die Separation bitten. Hatten fie diefe erhalten, fo fonderte der *Curator bonorum* diefen Theil des fchuldnerifchen Vermögens von den übrigen Gütern deffelben ab, und fetzte zuerft dadurch die verfchiedenen Gläubiger aus einander. Jetzt, oder nach Umftänden auch früher, fchritt er zur Veräufserung des fchuldnerifchen Vermögens, und darnach zur Vertheilung deffelben. Wer mit feiner Vertheilung nicht zufrieden war, wandte fich an den Richter und fuchte Abänderung, fo wie auch folche in dem Verlaufe des Schuldenwefens wegen anderer Handlungen des *Curatoris bonorum* nachgefucht werden konnte. Ohne folchen befondern Anruf mifchte fich der ordentliche Richter nicht in das Schuldenwefen. Der *Curator bonorum* wufste einmahl die gefetzlichen Vorfchriften und war darauf verwiefen. Er wufste, wie lange er noch folche Gläubiger, die fich fpäter mit ihren Forderungen meldeten, zulaffen durfte. Er kannte die Vorzüge, welche die Gefetze einzelnen Forderungen verliehen hatten. Ihm

konnte endlich auch nicht unbekannt seyn, was die Gesetze zum Beweise einer Forderung verlangten.

Es scheint zwar, als wenn die Berichtigung der Forderungen einzelner Gläubiger darum vor den ordentlichen Richter gehört habe, weil solche der Regel nach eine gerichtliche Handlung war, auch die ersten Anträge, welche zu der *Missio* oder *Cessio* Veranlassung geben, bey dem Richter geschahen. Allein, wenn wir so schliessen wollten, so würde nichts vor den *Curator bonorum* und alles vor den ordentlichen Richter gehört haben, was das Schuldenwesen betraf; denn die Direction des Schuldenwesens überhaupt ist, genau genommen, eine Angelegenheit, die gerichtlich besorgt werden muss. — Aber wie es denn einmahl bey den Römern war, der *Prätor* oder *Praeses provinciae* leitete nur das Schuldenwesen ein, und war froh, wenn er sich die Sache vom Halse schaffen konnte. Die Römische Justiz-Verfassung, mit welcher überall der Prätor nur als Justiz-Minister den Rechtssachen eine Einleitung gab, kam hier vortrefflich zu Statten. Man denke sich den *Curator bonorum* bey den Römern nur nicht, wie man ihn heutiges Tages denken muss, als einen blossen *Curator*, sondern zugleich als einen Debit-Commissarius, als einen vom *Prätor* oder *Praeses provinciae* zur Untersuchung und Berichtigung des Schuldenwesens mit niedergesetzte Person. Die Qualität als *Curator* bleibt bey ihm zwar immer die vorzüglichste, aber auch die Qualität als öffentliche Person darf nicht übersehen werden. Zum *Iudex pedaneus* darf man ihn um desswillen noch nicht machen, so wenig als man ihn mit einem heutigen Debit Commissarius vollkommen vergleichen kann, wenn gleich in der letztern Hinsicht eine grosse Aehnlichkeit vorhanden ist. — Ich bin davon überzeugt, dass in den spätern Zeiten des Römischen Staats, und gewiss schon unter *Justinian*, da die Prätoren nicht viel mehr als unsre Richter waren, das Schuldenwesen mehr mit Zuziehung des Richters betrieben wurde, und der *Curator bonorum* mehr Aehnlichkeit mit dem heutigen *Curator bonorum* bey einem Schuldenwesen erhielt; aber wir müssen uns hier bey der Schilderung des Römischen Schuldenwesens an die Zeiten halten, in denen dasselbe seine ganze Regelmässigkeit hatte, besonders, da wir nicht wissen, was späterhin abgeändert wurde.

IV. Schriftliche Verhandlungen kamen überall bey den Römischen Prozessen nicht vor, oder waren doch gewiss selten, wenn man auch eine Veränderung mit dem prozessualischen Verfahren in neuern Zeiten des Römischen Staats annimmt. Da die Verhandlungen vor dem *Curator bonorum* über dies nicht in prozessualischer Form geschahen, so darf man um so weniger sie hier annehmen. Was wir heutiges Tages, wie ich hernach zeigen werde, Concurs-Prozess und Prioritäts-Verfahren nennen, kannten die Römer gar nicht. Die Anzeige und Bescheinigung der Forderungen und die Nachweisung der Priorität derselben geschah auf die einfachste Art, — ohne alle Prozessförmlichkeit. Fand sich ein Gläubiger durch den Ausspruch des *Curatoris bonorum* oder vielmehr durch das Verfahren desselben beschwerdet und musste er zur Abstellung dieser Beschwerde zu dem ordentlichen Richter seine Zuflucht nehmen, so geschah dies durch einen blossen Antrag, dem die Abstellung der Beschwerde, wenn eine solche wirklich vorhanden war, sogleich folgte. Wahrscheinlich veranstaltete der *Curator bonorum* mehrere Versammlungen der Gläubiger, in welchen diese ihm die Richtigkeit ihrer Forderungen nachwiesen, und ihr Vorzugsrecht vor ihm ausführten, und schritt in der letzten Versammlung, und wenn alles regulirt war, zur Vertheilung des schuldnerischen Vermögens. Es ist unverkennbar, dass die höchst aussergerichtliche Behandlung des Schuldenwesens nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen und der spätern Praxis in den Zeiten der freyen Republik ihren Einfluss bis in die spätesten Zeiten des Römischen Staats gezeigt habe. Der *Curator bonorum* war bey einem Schuldenwesen alles in allem oder die Seele desselben. — Eigentliche Kosten des Schuldenwesens konnten unter diesen Umständen nur in so fern vorkommen, als die Berichtigung der Gütermasse und deren Verwaltung welche erforderte, und es verstand sich von selbst, dass diese vor allen Dingen abgezogen wurden, ehe zur Vertheilung der Gütermasse geschritten werden konnte. — Vielleicht musste der *Curator bonorum* nach beendigtem Schuldenwesen dem ordentlichen Richter einen schriftlichen Bericht über seine Administration und sein Verfahren einreichen.

V. Da ein ausgebrochenes Schuldenwesen bey den Römern weder öffentlich bekannt gemacht wurde, noch die Gläubiger vorgeladen wurden, so konnte

es nicht fehlen, dafs Gläubiger eines Schuldners, wenn fie fich in entlegenen Provinzen des Römifchen Reichs befanden, häufig zu kurz kamen, und vielleicht erft von dem Schuldenwefen Nachricht erhielten, wenn daffelbe fchon beendigt war. — Der Römer forderte, dafs ein jeder Gläubiger wachfam feyn und für fich felbft forgen follte. — Da ferner keine Präclufion der Gläubiger vorkommen konnte, weil keine öffentliche Ladung, wie dies bey uns der Fall ift, vorauf ging, fo war davon die Folge, dafs fich bis zur Vertheilung der Gütermaffe noch immer Gläubiger mit ihren Forderungen meldeten, und zugelaffen werden mufsten, wenn fie nicht etwa den von *Juftinian* auf den Immiffions-Fall feft gefetzten Termin verabfäumt hatten. — Ohne die hergebrachte kurze Procedur würde dies das Schuldenwefen fehr in die Länge gezogen haben. Aber da man daffelbe fehr eilig betrieb, da man nicht abwartete, ob fich vielleicht noch ein Gläubiger mit feiner Forderung melden würde, fondern blofs auf die gegenwärtigen Gläubiger Rückficht nahm, fo konnte durch die Vernachläffigung einer öffentlichen Vorladung das Schuldenwefen nicht verfchleppt werden.

VI. Mit der Vertheilung des fchuldnerifchen Vermögens nahm das Schuldenwefen ein Ende. Zwar habe ich oben behauptet, dafs auf den Fall, wenn beym Schuldenwefen keine Ceffion vorgekommen war, die Gläubiger berechtigt gewefen wären, fich jedes künftigen Erwerbes des Schuldners bis ins unendliche anzumafsen; folglich würde hier das Schuldenwefen haben fortdauern müffen: allein es galt diefer Lehrfatz nur von den während des Schuldenwefens dem Schuldner anheim fallenden Gütern. War daffelbe durch die Vertheilung des fchuldnerifchen Vermögens geendigt, fo war, um den künftigen Erwerb des Schuldners in Anfpruch zu nehmen, eine neue *Miffio* nöthig, und es konnte fich dabey nach Umftänden ein neues Schuldenwefen ereignen. — Die Folge davon war, dafs der Schuldner die durch das Schuldenwefen aufgehobene Dispofition über fein Vermögen fogleich wieder erhielt, als durch die Vertheilung der Gütermaffe das Schuldenwefen beendigt war, wenn er nicht an diefer wieder erhaltenen Dispofition durch eine neue von den noch unbefriedigt gebliebenen Gläubigern nachgefuchte *Miffio* behindert wurde.

VII. So wie der *Curator bonorum* bey der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger überall auf die in den Gesetzen bestimmten Vorzüge der Forderungen Rücksicht nehmen mufste: so lagen ihm diese Verbindlichkeiten auch besonders in Absicht der Separatisten ob. Hatten diese die Absonderung eines Theils des schuldnerischen Vermögens zu ihrer ausschliefsenden Befriedigung erhalten, so mufste solcher unter sie gleichfalls nach den Vorzügen ihrer Forderungen vertheilt werden. So wie bey dem ganzen Schuldenwesen die prozessualischen Förmlichkeiten entfernt blieben, so geschah auch die Vertheilung des schuldnerischen Vermögens ohne sie, — ohne Locations-Urtel und Distributions-Bescheid, welche beyde Stücke, wie ich hernach zeigen werde, zu den Formalitäten des heutigen Schuldenwesens gehören. Die Vertheilung des schuldnerischen Vermögens unter die Gläubiger glich ganz einer einfachen Auszahlung nach vorgängiger aufsergerichtlichen Ausgleichung und Regulirung der Forderungen, wobey das Förmliche um so mehr vermieden wurde, als eben, um selbiges zu vermeiden, das ganze Schuldenwesen aufsergerichtlich betrieben wurde.

VIII. Noch immer hatten die Gläubiger ein Recht an der Person des Schuldners, und konnten dessen Addiction verlangen. Aber dieses Recht wurde erst wirksam, wenn der Schuldner nichts mehr im Vermögen hatte, womit die zudringlichen Gläubiger hätten befriedigt werden können. Es scheint zwar, als wenn die Addiction des Schuldners in den spätern Zeiten des Römischen Staats, und selbst zu *Justinians* Zeiten, nicht mehr Statt gefunden habe, weil ihrer mit keinem Worte in der Justinianeischen Gesetzsammlung gedacht wird, und *Bouchaud*[s]) trägt gar kein Bedenken, zu behaupten, dafs die Addiction der Schuldner durch die *Cessio bonorum* ganz sey aufgehoben worden; überhaupt habe auch, sagt er, die Ueberlassung des Schuldners zu sclavischen Arbeiten darum nicht mehr Statt finden können, weil das Halten der Privat-Gefängnisse bey schwerer Strafe in der *L.* 1 *C. de privat. carcer. inhibend.* sey verboten worden: allein ich habe oben gezeigt, dafs die *Cessio bonorum* den Schuldner nur von dem anfänglichen Personal-Arreste befreyete, der im Gange des ältern Schuldverfah-

s) *Comment. sur la loi de douze tabl.*, p. 418.

rens nöthig war, um an das Vermögen des Schuldners zu kommen. Die *Cessio bonorum* konnte daher an sich so wenig als das von *Justinian* wieder hergestellte *Beneficium eiurationis* die Addiction des Schuldners aufheben, wenn aus dem abgetretenen Vermögen die Gläubiger nicht befriedigt werden konnten. — Und wenn gleich das Halten der Privat-Gefängnisse in neuern Zeiten untersagt wurde, so folgt daraus noch nicht, dass die endliche Addiction der Schuldner nicht Statt gefunden habe. — Man könnte eben so gut annehmen, dass bey den Römern in den Zeiten *Justinians* gar keine Sclaverey mehr Statt gefunden habe. Ueberall hatte auch das Halten der Privat-Gefängnisse eine ganz andere Beziehung, ging in den ältern Zeiten bloss auf das Einsperren der Schuldner beym Anfange des Schuldverfahrens vor der Addiction, und hatte nächstdem die Züchtigung der Sclaven zum Zwecke. Wenn also auch die Privat-Gefängnisse als mit der monarchischen Verfassung und einem gut eingerichteten Staate unverträglich abgeschafft und verboten wurden, so konnte darum doch noch immer eine Addiction des Schuldners selbst Statt finden, und musste Statt finden, weil das Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners nirgends aufgehoben war. Indess glaube ich doch, dass man den Schuldner seinen Gläubigern in den neuern Zeiten nicht als einen vollkommenen Sclaven zugesprochen, sondern dass man demselben bloss die Verbindlichkeit auferlegt habe, die Schuld bey den Gläubigern abzuarbeiten. Es fehlt zwar, (dies gestehe ich gern,) an Gründen für diese Behauptung, indess wird die Conjectur durch das überall in neuern Zeiten bey den Römern gegen die Schuldner beobachtete milde und menschenfreundliche Verfahren so unterstützt, dass sie mehr als gewagt angesehen werden kann. Was dem Schuldner selbst widerfuhr, widerfuhr auch ohne allen Zweifel den in seiner Gewalt stehenden Personen, nach den noch nicht aufgehobenen Grundsätzen des ältern Rechts. Dass in dem Römisch-Justinianeischen Rechte von allem diesem nichts erwähnt worden ist, fällt um so weniger auf, als es sich von selbst verstand, und daher nicht erst bestimmt zu werden brauchte. Ueberall ist ja das Schuldverfahren weder in den Pandecten noch in den übrigen Gesetzbüchern *Justinians* vollständig entwickelt worden.

Muthwillige Schuldner oder so genannte Bankerutteurs wurden bey den Römern in neuern Zeiten noch ohnehin mit Gefängniss bestraft. Aber auch durch diese Strafe wurde die Addiction nicht aufgehoben, eben so wenig als bey uns durch die Strafe die Verbindlichkeit zum Schadenserfatze aufgehoben wird. Bey dieser Gefängnissstrafe hatte der Gläubiger nicht nöthig, den Schuldner zu ernähren, weil ihm diese Verbindlichkeit nur bey der Addiction auferlegt wurde, und auch nach der Natur der Sache nur dabey auferlegt werden konnte.

Ich beschliesse hiermit die Abhandlung über das Römische Schuldenwesen, und gehe jetzt zu dem Verfahren in Schuldsachen so wohl bey den ältern Deutschen als heutiges Tages über. Der Abstand wird sich jetzt um so auffallender zeigen, als ich die Hauptheile des Römischen Schuldverfahrens noch zuletzt in gedrängter Kürze zusammen gestellt habe.

FUNFZEHNTES KAPITEL.

Zustand der Schuldner und Verfahren in Schuldsachen: C. Bey den ältern Deutschen.

Es giebt gewisse Rechts-Principien, in welchen alle ungebildete Völker darum mit einander überein stimmen, weil sie ihnen allen gleich nahe liegen, und der Naturstand sie schon darauf hinleitete. Dahin gehört auch die Sclaverey der Schuldner. Wir treffen sie gleichfalls bey den ältern Deutschen an, nur mit dem Unterschiede, dass der Schuldner kein Sclave seines Gläubigers, sondern bloss dessen zeitiger Leibeigner wurde; denn wenn gleich die Sclaverey den ältern Deutschen keinesweges unbekannt war, so fand sie doch nur in Absicht der feindlichen Gefangenen und ausserdem noch in wenigen andern Fällen und als Strafe Statt. Der Schuldner konnte nur Leibeigner des Gläubigers, nicht dessen Sclave werden. Vorzüge der Forderungen, und Rechte und Privilegien der Gläubiger kannten die ältern Deutschen eben so wenig als die ältern Römer, und von ihrem Verfahren in Schuldsachen wissen wir aus den vorhandenen Gesetzen weiter nichts, als dass sie den Schuldner sofort, als er seinen Gläubiger nicht be-

friedigen konnte, öffentlich für dessen Leibeignen erklärten, und demselben erlaubten, ihn sammt seiner Familie als leibeigen zu behandeln. t)

Die Bekanntschaft der Deutschen mit den Römern hatte zur Folge, dass mehrere Grundsätze des Römischen Rechts, und auch die vom Schuldverfahren, auf Deutschen Boden verpflanzt wurden. In dem Mittelalter war das Verfahren in Schuldsachen in Deutschland eine Mischung des ältern und neuern Römischen Rechts, mit Zusätzen aus dem ursprünglich Deutschen Rechte, wie die gesetzlichen Privat-Sammlungen des Mittelalters zeigen. Die Gesetzbücher weichen in den Grundsätzen nur wenig von einander ab. Der Unterschied liegt bloss in der Darstellung, je nachdem das Verfahren in Schuldsachen in einer dieser Gesetzsammlungen kürzer oder weitläuftiger dargestellt ist. Am vollständigsten sind auch hier der Sachsen- und Schwabenspiegel. Zur bessern Uebersicht des Lesers will ich das 123ste Kapitel des *Schwabenspiegels* hierher setzen, die Abweichungen des Sachsenspiegels hinzu fügen und hernach darüber commentiren.

Schwabenspiegel, Kap. 123.

1. *Wer eynen beklagt vor Gericht umb Gelt unnd er nit vergelten mag noch bürgen gehoben mag. Der richter sol den man dem klager für sein gülte geben und antwurten.*

2. *Den sol er im behalten* u) *geleich seinem gesind mit speyse unnd mit arbeit.*

3. *Will er in beschliessen in eyn eysen bandt, das mag er wol thun, unnd anders sol er in nit banden.* v)

4. *Lasst er in* w) *oder entrinnet er im, damit ist er nicht ledig des gelts.*

5. *Die weyle er im nicht vergolten hat, so sol er im dienen als eyn seyner Gesinde.*

6. *Unnd will er sein nicht halten, so sol der gelter schweren eynen eyd auff den beyliegen. wann er gewinne über sein notturft dreyssig pfenning oder mer das er im dye gelte.*

t) Man sehe z. B. die *Lex Baiuvarior.*, Tit. 2, C. 1, §. 5; bey *Baluz.*, T. 1, p. 102.

u) Der *Sachsenspiegel* hat: *erhalten.*

v) Der *Sachsenspiegel* hat: *aber nicht peinigen.*

w) Der *Sachsenspiegel* hat: *Lasst er ihn losgehen.*

7. *Unnd ist das eyn man den andern beklaget umb gelt unnd ist er eyn gast unnd kommpt für Gericht, der richter sol im richten als hyevor gesprochen ist.*

8. *Wann des eynes dass man den gelter dem klager nit antwurten sol auff dem gericht do es inne beklaget ist.*

9. *Ob aber er nit zu gelten hat. er sol im schweren als hyevor gesprochen ist.*

10. *Mann sol nyeman lenger umb gälte behalten denn acht Tag. es ensey dann, das er gut habe unnd das von eygem willen nit geben wölle.*

11. *Mag man das gut beweyssen wa das ist. des sol sich der richter underwinden, und sol es dem klager antwurten.*

12. *Unnd liget das gut nit in dem gericht do der gelter in beklagt ist. man sol in behalten uncz er des gutes dort antwurt.*

13. *Unnd mag man des gutes mit gezeügen nit beweyssen wa es liget. so soll mann in nach den acht Tagen lassen geen.*

14. *Eyn man mag seyn gelter zwirent ansprechen in dem jare. das er merer dann dreyssig pfenning über seyn notturft gewunnen habe.*

15. *Will er des laugnen das thut er wol mit seynem eyde unnd machet sy ledig. oder man überkomme in als hyevor gesprochen ist.*

Mit diesem Kapitel ist noch das 134ste Kapitel zu verbinden, wo von dem der Adjudication des Schuldners vorauf gehenden Verfahren gehandelt wird. Wenn jemand wegen einer Schuld verklagt wird, soll ihm der Richter eine dreyfache Frist zu seiner Verantwortung gestatten. Läfst er diese verstreichen, soll die Forderung als eingeräumt zuerkannt werden, und soll nun verfahren werden, wie im 125sten Kapitel vorgeschrieben ist.

Man braucht nur einen Blick auf das ältere Römische Verfahren in Schuldsachen zu werfen, und man wird sogleich finden, dafs es hier ganz copirt ist. Die Modificationen, welche man hier findet, haben lediglich in der hergebrachten Rechtsverfassung der Deutschen ihren Grund. Das Zwölf-Tafel-Gesetz ist nur dann zu viel benutzt worden. Auch das neuere Römische Recht ist, wie wir hernach sehen werden, nicht unangewendet geblieben. Man könnte zwar einwenden, es sey überall noch ungewifs: ob das, was wir im Schwaben- und Sachsenspiegel als geltendes Recht in Deutschland aufgeführt finden, auch wirklich im

Mittelalter gegolten habe, und es ist bekannt, daſs dieſe Einwendung mehrmahls gemacht worden iſt: allein ich glaube, man muſs überall annehmen, jene Sammlungen ſind Geburten eines ſpätern Zeitalters und untergeſchohen, oder man muſs auch dem glauben, was ſie enthalten. Daſs das, was das 123ſte Kapitel des Schwabenſpiegels enthält, wirklich ehedem gegolten habe, läſst ſich ohnehin durch viele Zeugniſſe der Geſchichtſchreiber und durch Urkunden erweiſen. x)

Wir müſſen in dem 123ſten Kapitel des Schwabenſpiegels zwey Stücke von einander unterſcheiden: die Adjudication des Schuldners, der ſeinem Gläubiger nicht Zahlung leiſten, auch denſelben ſonſt wegen ſeiner Forderung nicht ſicher ſtellen konnte; und den Perſonal-Arreſt, um die Zahlung zu erzwingen. Von dem erſtern redet 1 — 9 und 14 und 15, von dem letztern 10 — 13.

Was I. die Adjudication des Schuldners betrifft, ſo gedenkt das Geſetz der Dilationen nicht. Es iſt auch nicht wahrſcheinlich, daſs dem Schuldner Zahlungsfriſten verſtattet wurden, ob man gleich ſolches aus den zur Einlaſſung auf die Klage ertheilten Friſten wohl muthmaſsen möchte. Dilationen nach geſchehener Verurtheilung zum Behufe der Erfüllung der Verbindlichkeit trifft man überall in dem ältern Deutſchen gerichtlichen Verfahren wenig oder gar nicht an. Die Addiction des Schuldners begründet die Leibeigenſchaft nicht mehr, iſt auch bloſs auf ſeine Perſon eingeſchränkt. Sie enthält eine Uebergabe zu Hand und Halfter, wobey der Gläubiger ſich des Schuldners zum Abarbeiten der Schuld zwar bedienen konnte, ihn aber nach Art ſeines Geſindes halten und ihm die nöthigen Alimente, (auch gewiſs Kleidungsſtücke,) geben muſste. — Die Addiction des Schuldners fand durchgängig Statt, nur nicht, wenn der Kläger ein Gaſt iſt, d. h.: wenn er mit dem Verklagten nicht denſelben Gerichtsſtand hat. — Höchſt wahrſcheinlich waren auch Standesperſonen von der Addiction befreyet. Doch, dies iſt eine bloſse Conjectur, die ich dahin geſtellt ſeyn laſſe. Von Ueberlaſſung des zugeſprochenen Schuldners an andere weiſs das Geſetz nichts, und von Veräuſserung deſſelben durfte es nichts wiſſen, weil ja der Schuldner durch die Addiction kein Leibeigner wurde. — Der Gläubiger kann den

x) Man vergleiche *Gottl. Voigt de addictione ad manus praeſertim Saxonica.* Francof. 1724.

Schuldner als Dienstboten behandeln, aber auch gehen lassen, wenn er ihn zuvor hat schwören lassen, dass, wenn er etwas über den nothdürftigsten Lebensunterhalt erwirbt, er davon die Schuld bezahlen wolle. — Wer kann hier die Vermischung des *Beneficii eiurationis* mit dem Verfahren in Schuldsachen nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen verkennen? nur dass jenes hier in einer ganz andern Gestalt und an einem andern Orte erscheint. — Jährlich zwey Mahl kann der Gläubiger den Schuldner zur Zahlung auffordern, und ihn von neuem schwören lassen, dass er über den nothdürftigen Unterhalt hinaus noch nichts erworben habe, wovon er zahlen könne. Diese Aufforderung, die immer gerichtlich geschehen musste, bewirkte nicht nur, dass die Schuld nie in Vergessenheit kommen konnte, sondern hatte über dies auch noch die nützliche Folge für den Gläubiger, dass der Schuldner um so eher zur Zahlung Anstalt machte.

Was II. den Personal-Arrest des Schuldners betrifft, der gleichfalls in dem Gesetze vorkommt, so war dieser sichtlich als blosses Mittel, die Zahlung zu bewirken, angeordnet. — Er war, wie dies das Gesetz deutlich genug zeigt, ein bloser Privat-Arrest, der jedoch nicht bey jedem Schuldverfahren Statt fand, sondern nur dann eintrat, wenn gegen den Schuldner Verdacht vorhanden war, dass er Zahlung leisten konnte, aber sich, selbige zu leisten, bloss hartnäckig weigerte. Der Arrest durfte nur acht Tage dauern, es wäre denn, dass der Schuldner notorisch Güter und Vermögen hatte, und nur nicht Zahlung leisten wollte. Hier war der verlängerte Arrest ein Mittel, ihn zur Zahlung zu bringen, und kannte der Richter selbst diese Güter, so konnte er sie den Gläubigern zusprechen. — Mir scheint es, dass der Verfasser des Schwaben- so wohl als des Sachsenspiegels das Verfahren in Schuldsachen hier nicht rein dargestellt habe. Gewiss ging das, was in den Gesetzsammlungen von dem Privat-Arreste der Schuldner vorkommt, der Adjudication des Schuldners vorauf, und musste derselben vorauf gehen. Nach dem Ablaufe des Personal-Arrestes kam es nun auf den Gläubiger an, ob dieser darauf bestand, dass ihm der Schuldner zugesprochen werden sollte, oder nicht. Im erstern Falle, (voraus gesetzt, dass der Schuldner keine Güter hatte, die der Richter adjudiciren konnte,) kam der Schuldner gar nicht wieder auf freyen Fuss, sondern es folgte unmittelbar auf den Personal-Arrest die Adjudication.

Ich finde in den Gesetzsammlungen des Mittelalters nichts von Formirung eines eigentlichen Schuldenwesens, wie bey den Römern in neuern Zeiten, nichts von einem *Curator bonorum*, auch endlich nichts von Vorzügen und Privilegien der Forderungen. — Von den letztern konnte auch wohl schwerlich die Rede seyn; denn das Faustpfand ging für sich, und die Hypothek, (Satzung,) enthielt eigentlich einen Kauf-Contract, *cum pacto de retrovendendo.* — Das Alter der Forderung gab gewiss auch keinen Vorzug. Wer sich daher zuerst mit seinen Forderungen meldete, dem schlug der Richter nach Umständen einen Theil des schuldnerischen Vermögens oder das Ganze zu; und traten mehrere zugleich gegen den Schuldner als Kläger auf, so erfolgte eine gemeinsame Adjudication, wobey es ihnen hernach überlassen blieb, sich so gut zu vergleichen, als sie konnten, oder auch der Richter die Ausgleichung übernahm. — Ueber die *Alienatio in fraudem creditorum* kommt jedoch etwas in den Gesetzsammlungen des Mittelalters vor. Ich will die Stellen aus dem Schwabenspiegel hierher setzen. Sie beweisen zugleich, dass der Compilator nicht, wie ihm gewöhnlich Schuld gegeben wird, nur das Römische Recht abgeschrieben hat, sondern dass er, — wenigstens hier, — bloss aufgenommen hat, was in seinem Zeitalter über die *Alienatio in fraudem creditorum* in den Gerichten gäng und gäbe war. Es ist das 135ste Kapitel des Schwabenspiegels, welches darüber Folgendes bestimmt:

1. *Unnd ist das ein man gelten sol. unnd seczet sein gut in eines andern mannes hand. denn in das dem er gelten sol. das heysst FLUCHTSALE. das ist nicht recht.*

2. *Gibt eyn man dem andern sein gut mit nucz unnd mit gewer unnd verzeyhet sich davon seines rechters der hatt recht czu dem gut.*

3. *Unnd sprechent in die gelter an, er hab es czu fluchtsale empfangen, des sol er schweren das des nitt enley.*

4. *Mag aber er überkommen selbdritt die das wissen das es anders sey. das sol er genyessen.*

5. *Unnd hat er das gut verkauffet, unnd sol er im darvor icht das sol er den geltern geben.*

Nach dem Gesetze läst sich eine *Alienatio in fraudem creditorum* überall nur denken, wenn der Schuldner etwas von seinem Vermögen auf einen

Fremden zu einer Zeit überträgt, da er ſeine Gläubiger nicht mehr befriedigen konnte. Der Schwabenſpiegel ſtimmt in den nähern Beſtimmungen gar nicht mit dem Römiſchen Rechte überein. — Auf den *Dolus* des Schuldners allein ſcheint es gar nicht anzukommen, ſondern nur darauf: ob derjenige, welcher etwas von ihm erwarb, mit um den Betrug wuſste oder mit dem Schuldner colludirte. Geben ihm die Gläubiger dieſes Schuld, ſo muſs er ſich durch einen Eid reinigen, doch ſoll der Eid des Klägers von zwey Eideshelfern unterſtützt den Vorzug haben, wenn er ſchwören will, daſs wirklich eine Colluſion vorgefallen ſey. No. 5 des 135ſten Kapitels deutet auf ein Repräſentations Recht der Gläubiger hin, denn ſie ſollen befugt ſeyn, ſich des von einer gültigen Veräuſserung des Schuldners noch rückſtändigen Kaufgeldes anzumaſsen.

Mit den Beſtimmungen, welche im Sachſen- und Schwabenſpiegel über das Verfahren in Schuldſachen und das Schickſal der Schuldner enthalten ſind, ſtimmen ſo viele gleichzeitige alte Deutſche Stadtrechte überein, daſs es keinem Zweifel unterworfen iſt, daſs die Urheber jener Sammlungen uns keine falſchen Nachrichten überliefert haben. In vielen Stadtrechten kommen jedoch noch härtere Verfügungen vor, welche die Erhaltung des öffentlichen Credits als die Seele des Handels nothwendig machte. So heiſst es z. B. in dem *Lübeckiſchen Stadtrechte*, B. 1, Tit. 3, Art. 1: „Wenn man ſein Gut auftragen und *bonis* cediren will von Schulden, die ihm mit Recht abgemahnt worden, ſo mag der Kläger und Gläubiger ſich bedenken bis zu dem neheſten Gericht, ob er ſich will an das Gut halten, oder aber auch die Perſon zu eigen annehmen. Auf den erſten Fall mag er das Gut ſchätzen und wardiren laſſen, und ſeine Bezahlung daraus ſuchen. Zum andern nimmt er die Perſon an, mag er denſelben gefänglich einziehen laſſen und halten als einen Schuldgefangenen; will er ihn aber zu eigen annehmen und er ihm alſo gerichtlich übergeben wird, ſoll er ihn ſpeiſen, als das Geſinde und verwahren, wie man am beſten kann, auch wohl anlegen, wenn er will, doch daſs ihm an ſeiner Geſundheit kein Schaden geſchehe. Er ſoll ſeinem Herren ſeine Arbeit thun; würde er aber entlaufen aus ſeines Herren Verwahrung, ſo ſoll ihn an ſeiner Erledigung das Gericht nicht verhindern; will er ihn aber ledig gehen laſſen, damit er ſich löſen möchte, das ſtehet auch in ſeinem Gefallen. Würde er darnach auch von jemand anders gehalten, hat er dennoch etwas von dem ſeinen übrig, ſo mag er ſich damit ohne Widerrede des-

jenigen, dem er erstlich an die Hand gegeben worden, lösen." Das Lübeckische Recht verordnet, dem Vorstehenden zufolge, dass der Schuldner seinem Gläubiger als Leibeigner zugesprochen werden soll, und nur in Ansehung der Frauenspersonen soll, nach B. 1, Th. 3, Art. 1, eine Ausnahme Statt finden, welche ihren Gläubigern nicht zu Hand und Halfter übergeben werden sollen. Was von neuern Erklärern des Lübeckischen Rechts in das Gesetz hinein getragen worden ist, geht uns hier eben so wenig an, y) als die Modificationen, welche die Praxis eingeführt hat. Es war bloss meine Absicht, zu beweisen, dass die Leibeigenschaft der Schuldner das allgemeine Loos derselben in den mittlern Zeiten Deutschlands gewesen sey, oder dass sie doch als Gesinde die Schuld abarbeiten mussten.

Ob in dem Zeitalter, von welchem ich rede, noch eine besondere Bestrafung böser Schuldner Statt gefunden habe, bleibt noch wohl immer ein Problem. *Quistorp* z) trägt gar kein Bedenken, die Frage zu bejahen, und führt Beyspiele an, dass die bösen Schuldner oder muthwilligen Bankerutteurs zum Hunde- und Steinetragen, ingleichen dazu verurtheilt worden sind, sich auf den so genannten Lasterstein an öffentlichen Plätzen zu jedermanns Verspottung am hellen Mittage zu setzen. Allein alle diese Strafen so wohl, als die Anordnung des Schuldthurms für muthwillige Bankerutteurs in den Landesgesetzen fallen erst in spätere Zeiten, und es ist daher das nicht erwiesen, was erwiesen werden sollte. Indess ist auch wieder so viel gewiss, dass man bey den ältern Deutschen, die so viel auf Treu' und Glauben hielten, einen muthwilligen Bankerutt nicht wird ungeahndet gelassen haben. Aber ich glaube, die Ehrlosigkeit und allgemeine Verachtung waren die ganze Strafe, womit man böse Schuldner im Mittelalter belegte. Wurde etwa der Schuldner zum Hunde- und Steinetragen, oder zu andern dergleichen nach den damahligen Sitten entehrenden Handlungen verurtheilt, so hatte die Verurtheilung darin lediglich ihren Grund, dass er sich selbst dazu auf den Nichtzahlungsfall verpflichtet hatte. Es ist nämlich bekannt, dass sich die Schuldner zum Einlager, Schandgemählde, Schelmschelten u. s. f. auf den

y) Vergleiche *Maevius Comment. ad ius Lubecense. ad cit. artic.*; *Stein* in *den Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte*, B. 1, Tit. 3, §. 77.

z) *Beyträge* u. s. w., No. XIII.

Nichtzahlungsfall verpflichteten und verpflichten konnten, bis endlich die Reichsgesetze diesem Unwesen ein Ende machten.

Ob man annehmen könne, dass durch Einführung einer Strafe für böse Schuldner die Hingabe derselben zu Hand und Halfter sey aufgehoben worden, ist eine Frage, die ich weiter unten erst untersuchen kann. Ich werde alsdann zugleich von den Strafen reden, die heutiges Tages, so wohl nach gemeinen als particulären Rechten, für die muthwilligen Schuldner angeordnet sind. Ich breche hier ab, und gehe jetzt zu den Veränderungen über, welche sich mit dem Schuldverfahren nach und nach zugetragen haben, und zu der Schilderung des heutigen Verfahrens in Schuldsachen.

SECHZEHNTES KAPITEL.

Allmählige Veränderungen, welche sich mit dem Verfahren in Schuldsachen in Deutschland ereignet haben, als Einleitung zu dem heutigen Verfahren in Schuldsachen.

Die vollständige Einführung des Römischen Rechts in Deutschland hatte auch auf das Verfahren in Schuldsachen einen wichtigen Einfluss. Nur dem Römisch-Justinianeischen Rechte wurde bekanntlich diese Ehre zu Theil. Man vernachlässigte die bisher in Schuldsachen übliche Procedur, wenn sie auch gleich zum Theil Römischen Ursprungs war, schon aus dem Grunde, weil nichts davon in den Gesetzbüchern *Justinians* stand, und führte statt derselben die ein, welche in den Pandecten enthalten ist, und wovon ich oben, (Kap. 12 und 13,) gehandelt habe. Die Schriften der Rechtsgelehrten, welche in die ersten Zeiten nach Einführung des Römischen Rechts in Deutschland fallen, beweisen es nur mehr denn zu gewiss, dass das Verfahren in Schuldsachen ganz nach dem Römisch-Justinianeischen Rechte eingerichtet war. Sie sprechen immer von der *immissio creditorum* und von der *Cessio* als Stücken, womit das Verfahren in Schuldsachen anfing; von Dilationen und Moratorien, die den Schuldnern gestatten wurden; und von der Bestellung eines *Curatoris bonorum*, als einem Hauptstücke des Verfahrens in Schuldsachen, und worauf der Richter zuerst sein Augenmerk richten

müsse. Wenn es daher höchst wahrscheinlich, ja wohl gewiss ist, dass nach Einführung des Römischen Rechts in Deutschland auf eben die Art in Schuldsachen verfahren wurde, wie es in den Gesetzbüchern *Justinians* vorgeschrieben ist, so halte ich mich doch davon überzeugt, dass gleich anfangs mit dem *Curator bonorum* eine Veränderung vorging. Es fehlte in jenem Zeitalter noch an den gehörigen Aufklärungen in der Rechtsgeschichte, um die Beschaffenheit des *Curatoris bonorum* bey den Römern gehörig übersehen zu können; indem der Titel der Pandecten: *de curatore bonorum*, darüber keine deutlichen Aufschlüsse giebt. Das Privat-Recht in Deutschland hing ohnehin von je her mehr mit dem öffentlichen Rechte zusammen, als bey den Römern, und war von dem Richter abhängiger. Dazu kam, (ich folge hier den Grundsätzen, welche ich in den Schriften der practischen Rechtslehrer jener Zeiten antreffe, und die mich nur allein leiten dürfen,) dass man selbst in den Gesetzbüchern *Justinians* fand, dass es den Gläubigern nicht erlaubt sey, das abgetretene schuldnerische Vermögen *privata auctoritate* unter sich zu theilen, sondern dass die Vertheilung unter richterlicher Auctorität geschehen müsse. Man nahm diesem zufolge an, dass die ganze Direction des Schuldenwesens dem Richter gehöre, und der *Curator bonorum* nur eine zur Verwaltung und Berichtigung der Masse während des Schuldenwesens angeordnete Person sey. So fielen gleich zu Anfang bey der Anwendung des Römischen Rechts alle diejenigen Functionen des *Curatoris bonorum* weg, welche ihm bey den Römern darum zukamen, weil er hier ein von dem ordentlichen Richter zu Regulirung des Schuldenwesens niedergesetzter Commissarius war. Eine Folge dieser veränderten Rechtsgrundsätze war, dass man den *Curator bonorum* auch nicht für so nöthig hielt, als er bey den Römern gehalten wurde, und nothwendig gehalten werden muste, und dass dessen Bestellung wohl ganz unterblieb, wenn die Gütermasse des Schuldners nicht zu gross war, und daher von dem Richter selbst, der das Schuldenwesen dirigirte, übersehen werden konnte.

Wenn sich daher der angesetzte *Curator bonorum* ausschliessend mit der Redaction und Verwaltung der Gütermasse des Schuldners beschäftigte, so wurden alle übrige bey den Römern ihm sonst noch obliegende Geschäfte von dem Richter selbst besorgt. Vor diesem erschienen die Gläubiger, gaben ihre Forderungen an, bewahrheiteten solche, und wurden nach seinem Ausspruche mit

Hinsicht auf die ihnen gesetzlich eingeräumten Vorzüge der Forderungen befriedigt. Forderte jemand seine Sache aus den Gütern des Schuldners, vermöge des Eigenthumsrechts, zurück, so musste er solches nicht vor dem *Curator bonorum*, sondern vor dem ordentlichen Richter ausführen, und gleicher Gestalt mussten Separations-Gesuche nicht bloss bey dem Richter angebracht werden, sondern dieser verfügte auch, was nach erhaltener Absonderung geschehen sollte. So bestimmte auch jetzt der *Curator bonorum* nicht mehr die Veräusserung des schuldnerischen Vermögens, noch weniger vertheilte er dasselbe unter die Gläubiger, sondern alles geschah mit Zuziehung des Richters, der, nachdem die Gläubiger ihre Forderungen rechtmässig erwiesen und deren Vorzüge vor ihm ausgeführt hatten, darüber förmlich aussprach, und nach seinem Ausspruche musste die Vertheilung der Güter des Schuldners geschehen.

So bildete sich allmählig das heutige Verfahren in Schuldsachen, von welchem ich hernach ausführlich reden werde. Der *Curator bonorum*, — die Seele des Römischen Schuldenwesens, — sank zu einem blossen Verwalter des schuldnerischen Vermögens herab, der nichts mehr für sich thun konnte, sondern in allen seinen Functionen von dem Richter und den Gläubigern abhängig war. Bey dieser Abhängigkeit, und bey dem Grundsatze, dass die Regulirung des Schuldenwesens ein ausschliessendes Geschäft des Richters sey, brauchte man zu einem *Curator bonorum* keinen Rechtsgelehrten mehr, oder glaubte doch auf diese Qualität eben nicht Rücksicht nehmen zu müssen, sondern setzte auch wohl dazu einen blossen Wirthschaftsverständigen an. Zwar blieben noch immer Geschäfte genug für den *Curator bonorum* übrig, die nicht füglich von einem andern als von einem Rechtsgelehrten besorgt werden konnten, z. B. die Berichtigung der Gütermasse durch Beytreibung der ausstehenden Schulden u. s. f.; allein man übertrug diese Geschäfte meisten Theils einer andern Person, die jetzt nöthig wurde, und von welcher ich gleich ausführlicher reden werde.

Da gegenwärtig die Gläubiger nach erfolgter *Missio* oder *Cessio* ihre Forderungen bey dem ordentlichen Richter anzeigen und bescheinigen, da sie ferner gegen einander die Vorzüge ihrer Forderungen gerichtlich ausführen mussten, und alles dieses durch die Dazwischenkunft eines förmlichen prozessualischen Verfahrens geschah; so fühlte man bald das Bedürfniss einer Person, welche im Nahmen des Schuldners sich den Forderungen der Gläubiger entgegen setzte,

auch wohl im Nahmen der ſämmtlichen Gläubiger einzelnen von ihnen die behaupteten Vorzüge ſtreitig machte. Den *Curator bonorum* konnte man ſchon nicht dazu nehmen, weil er theils nicht immer mehr ein Rechtsgelehrter war, theils weil er mit der Gütermaſſe des Schuldners, zumahl bey einem groſsen Schuldenweſen, ſchon hinlänglich beſchäftigt war. Man übertrug daher dieſes Geſchäft einer andern Perſon, — einem Rechtsgelehrten, und ſo entſtand neben dem *Curator bonorum* beym Schuldenweſen noch der *Contradictor*. Seine Anſtellung fällt in ſpätere Zeiten, — in Zeiten, in denen ſich unſer heutiges prozeſſualiſches Verfahren ſchon gröſsten Theils ausgebildet hatte. — Die Zeit ſeiner Anſetzung bey einem Schuldenweſen kann ich zwar nicht mit Zuverläſſigkeit beſtimmen, höchſt wahrſcheinlich fällt ſie aber in das Zeitalter des dreyſsigjährigen Krieges, in welchem Deutſchlands Bürger ſämmtlich verarmt waren und das Schuldenweſen ſich ſo ſehr vervielfältigte.

Gerade dieſer Umſtand, — die ſo groſse Vervielfältigung des Schuldenweſens, — veranlaſste auch die Rechtsgelehrten, ein beſonderes Augenmerk auf das Verfahren in Schuldſachen zu richten. Es entſtanden Unterſuchungen über die Rechte und Verbindlichkeiten der Gläubiger, des Richters und der bey einem Schuldenweſen vorkommenden Perſonen, desgleichen über einzelne Forderungen der Gläubiger, und endlich über das ganze Verfahren in Schuldſachen, — zuerſt von bloſs praktiſchen, ſpäterhin auch von theoretiſchen Rechtsgelehrten. Durch die erſtern kam eine Menge neuer Grundſätze und Abänderungen des ehemahligen Schuldverfahrens auf, die theils ſchon an ſich, theils weil ſie von andern unrichtig verſtanden und angewendet wurden, eine allgemeine Verwirrung in der Lehre vom Schuldenweſen hervor brachten. Ich will ſie hier kurz zuſammen faſſen.

I. Man bezeichnete das geſammte Schuldenweſen mit dem Nahmen: Concurs der Gläubiger, (*Concurſus creditorum.*) In dem ganzen Römiſchen Rechte kommt dieſe Benennung nicht vor. Wer ſich derſelben zuerſt bedient habe, läſst ſich ſchwer beſtimmen. Höchſt wahrſcheinlich iſt ſie daher entſtanden, weil man im Römiſchen Rechte etwas von einem *Concurſus plurium creditorum in pignore* findet, weil die Rechtslehrer, die in Deutſchland und in den benachbarten Ländern zuerſt über das Schulden-

wesen schrieben, ihre Schriften *Labyrinthus creditorum concurrentium*, *de creditoribus concurrentibus* und *de concursu creditorum* überschrieben.

II. Man theilte den Concurs in

1. den allgemeinen, (*Concursus universalis*,) und besondern, (*particularis*,) ab, je nachdem sich das Schuldenwesen über das gesammte Vermögen des Schuldners oder nur über einen Theil desselben erstreckte. Zu dieser den Römern unbekannten Eintheilung gab der Umstand Veranlassung, dass in Deutschland unter dem Vermögen des Schuldners sich auch Sachen befanden, auf welche dessen Verbindlichkeiten regelmäsig nicht fielen, als: Lehn- und Fideicommiss-Güter;

2. in den formellen, (*Concursus formalis*,) und materiellen, (*materialis.*) — Der Sache nach kannten schon die Römer, wie ich oben gezeigt habe, diesen Unterschied, wenn er ihnen gleich dem Nahmen nach unbekannt war. An sich kann auch diese Eintheilung immer gelten, und, wenn sie nur genau bestimmt wird, keine Verwirrung erzeugen. So lange noch das Schuldenwesen mit der *Cessio* oder *Immissio* anfing, war immer ein sicherer Zeitpunct vorhanden, von welchem man den formellen Concurs datiren konnte, und der vorher gehende Zustand der Insolvenz eines Schuldners machte den materiellen Concurs aus. Aber die Eintheilung gab bald zu grosen Streitigkeiten Veranlassung, seitdem man

III. annahm, die *Missio* sey etwas überflüssiges, und passe als Römisches Institut nicht mehr ins Deutsche Schuldverfahren. Jetzt entstand die Lehre von der Eröffnung des Concurses, als einer gerichtlichen Handlung, wodurch das Vermögen des Schuldners auser seiner Disposition, und zu der seiner Gläubiger, um darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen, erklärt wurde, und womit die förmliche Vorladung aller derjenigen, welche an dem Schuldner etwas zu fordern hatten, und deren Ausschliesung, wenn sie sich binnen der fest gesetzten Zeit nicht mit ihren Forderungen melden würden, und der *Exmissio debitoris* verbunden wurde. Verwarf man also gleich die *Immissio*, so wandte man doch noch vieles von den Wirkungen derselben an, wie ich hernach zeigen werde.

IV. Man dehnte den bey den Römern nur zu Gunsten der Erbschaftsantretung eingeführten Nachlassvertrag allgemein auf den Concurs der Gläubiger aus, und gebrauchte ihn als Mittel, den Ausbruch desselben oder die Eröffnung des Concurses zu verhüten. Man nahm den Grundsatz an: der Richter sey verbunden, zuerst den Nachlass bey den Gläubigern zu versuchen, ehe er zur Eröffnung des Concurses schreiten dürfe.

V. So wie man das ganze Schuldenwesen mit dem neuen Nahmen: Concurs der Gläubiger, oder auch: Concurs, schlechthin bezeichnete: so nannte man das dabey vorkommende prozessualische Verfahren bey Berichtigung der Forderungen der Gläubiger und der Auseinandersetzung der Erstigkeit dieser Forderungen: Concurs - Prozess. Es bildete sich ein doppeltes von einander abgesondertes Verfahren: 1. das eigentliche Concurs - Verfahren, bey Auseinandersetzung und Berichtigung der Forderungen einzelner Gläubiger; 2. das Prioritäts - Verfahren, bey der Ausführung der Vorzüge der Forderungen einzelner Gläubiger. Zum erstern gehören, wie ich hernach zeigen werde, die Liquidation und Bewahrheitung der Schuldforderungen und der richterliche Ausspruch über eine jede derselben; zum letztern hingegen, die Locations - Sentenz und der Distributions - Bescheid.

VI. Man stellte die Gläubiger bey einem Concurse in Classen zusammen, und nahm auf diese Classen bey der Location derselben Rücksicht.

VII. Zu den aus dem Römischen Rechte bekannten Vorzügen einzelner Forderungen kamen noch mehrere hinzu, deren Grund theils in dem Herkommen, theils in der Analogie zu suchen ist. Ich werde davon in der Folge bey der Entwickelung des heutigen Schuldverfahrens ausführlich handeln.

VIII. Die Römischen Lehren von dem *Beneficio competentiae*, dem *Moratorio* u. s. f. haben manche Veränderungen erlitten. Auch hat der Umstand, dass in Deutschland nur den glossirten Novellen in den Gerichten Ansehen ertheilt ist, die Frage veranlasst: ob noch von den in der Novelle 135, (Seite 135,) den Gläubigern von *Justinian* gestatteten Vortheilen heutiges Tages Anwendung zu machen sey.

IX. Es hat sich eine neue Theorie vom Concurs - Gerichte ausgebildet. — Die nähere Veranlassung dazu ist theils darin, dass sich der Richter in Deutsch-

land von je her mehr in das Schuldenwesen als bey den Römern mischte, theils überall in unsrer, so ganz von der Römischen verschiedenen, Gerichtsverfassung zu suchen.

X. Gleicher Gestalt hat sich aus dem Princip, dass die in verschiedener Herren Landen belegenen Güter eines Schuldners nicht zu einer Concurs-Masse gezogen werden könnten, eine Theorie von der Formirung verschiedener Concurse gebildet.

Ich wollte hier nur die Hauptunterschiede des heutigen Concurs-Wesens darstellen. Das Detail folgt nun in den folgenden Kapiteln, welche ich ganz für das heutige Schuldenwesen bestimmt habe. Wo eine Römische Lehre noch ganz anwendbar ist, werde ich bloss auf die vorher gehenden Kapitel verweisen, und wo sie abgeändert ist, werde ich nur diese Abänderungen angeben. In Absicht der Darstellung der Concurs-Lehre selbst aber werde ich das heutige Concurs-Wesen zuerst in seinem ganzen Umfange darstellen, und die streitigen Hauptfragen zuletzt erörtern.

SIEBZEHNTES KAPITEL.

D. Heutiges Schuldverfahren in Deutschland. — Vorbereitung. — Allgemeiner Grundsatz beym heutigen Schuldenwesen. — Anwendung der Theorien von Zahlungsfristen, Stückzahlung, Beneficium dationis in solutum, u. s. w.

In Deutschland gilt gegenwärtig der Satz: Alle Verbindlichkeiten einer Person fallen zuvörderst auf sie selbst, und hiernächst auf ihr Vermögen. Der Gläubiger hat also noch ein Recht an der Person des Schuldners, wenn er aus dessen Vermögen nicht befriedigt werden kann; denn nirgends ist dieses Recht durch Gesetze aufgehoben worden, und die in neuern Zeiten für böse Schuldner oder muthwillige Bankerutteurs eingeführte Strafe steht, wie ich oben bereits gezeigt habe, diesem durch ältere Gesetze bestätigten Rechte nicht entgegen. Das Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners muss in Absicht des Formellen nach der *Lex Petillia*, in Absicht des Materiellen hin-

gegen nach neuern Deutschen Rechts-Principien beurtheilt werden, nach welchen der Schuldner weder ein Sclave noch Leibeigner seines Gläubigers werden, wohl aber von demselben gezwungen werden kann, die Schuld abzuarbeiten. Daſs selten ein Gläubiger darauf besteht, daraus folgt noch nicht, daſs er nicht darauf bestehen könne.

Wenn ein Schuldner von seinem Gläubiger belangt wird, und nicht gleich Zahlung leisten kann, so gestattet man ihm eben so, wie bey den Römern, Zahlungsfristen, (man vergleiche das zehnte Kapitel,) man räumt ihm die Stückzahlung und das *Beneficium dationis in solutum* eben so, wie bey jenen, ein. Die beyden letztern Rechtswohlthaten sind ohnehin dem Schuldner noch zum Ueberflusse von den Reichsgesetzen bestätigt und genauer bestimmt worden. [a]) Gleicher Gestalt wird ihm auch der Gebrauch der Rechtswohlthat des *Moratorii*, (S. 153,) mit allen ihren Wirkungen gestattet, wenn er darum nachsucht und beweisen kann, daſs er sich dazu qualificirt. Alles, was ich oben im zehnten Kapitel von dieser Rechtswohlthat gesagt habe, ist auch noch heutiges Tages anwendbar. Nur in Ansehung zweyer Lehrsätze hat die Praxis eine Abänderung gemacht:

1. In Ansehung des Römischen Lehrsatzes, (Seite 153, No. V.) Der Schuldner braucht heutiges Tages nicht mehr *cautionem idoneam super debiti solutione* zu bestellen. Diese Abänderung hat ohne allen Zweifel darin ihren Grund, weil man den Römischen Lehrsatz nicht richtig verstand, auch dem Schuldner es sehr schwer fiel, die gesetzlich angeordnete Caution aufzubringen. Sie hat für die Gläubiger groſse Nachtheile erzeugt, besonders bey der groſsen Leichtigkeit in unsern Tagen, Moratorien zu erhalten, welcher jedoch einzelne Landesgesetze jetzt vorgebeugt haben. Die juratorische Caution, welche man nach der Praxis zuläſst, wenn die Gläubiger darum nachsuchen, sichert diese nie hinlänglich: [b])
2. in Ansehung des Lehrsatzes, (S. 156, No. VI,) daſs das Moratorium allen Gläubigern des Schuldners entgegen steht. Man hat so genannte *Debita privilegiata* erfunden, welchen die Rechtswohlthat des Moratorii nicht ent-

a) Man sehe den *jüngsten Reichsabschied*, §. 712 und §. 165.

b) *I. H. Böhmer Exercit. ad Pandect.*, Tom. III, Exerc. 46, pag. 183.

gegen ſteht. *Böhmer*, c) der Hauptſchriftſteller in dieſer Lehre, zählt dahin:

a. wenn dem Gläubiger die Compenſation zuſteht;
b. wenn jemand etwas als *Depoſitum* oder *Commodatum* von dem Schuldner zu fordern hat;
c. fiscaliſche Forderungen;
d. Forderungen der milden Stiftungen und überall der *Pia corpora*, wenn ſie das Geld durchaus nöthig haben;
e. Forderungen der Armen, der Pupillen und *Perſonae miſerabiles:*
f. ſchon völlig abgeurtheilte Forderungen;
g. Forderungen, die erſt nach erhaltenem Moratorio entſtanden ſind;
h. Forderungen der Dienſtboten und Tagelöhner.

Zu dieſen fügen noch andere Rechtslehrer d) hinzu:

i. die Alimenten-Forderung;
k. wenn ein Brautſchatz verſprochen worden iſt, oder der Schuldner Studir-Koſten zu bezahlen hat;
l. beſchworne Forderungen;
m. Forderungen der milden Stiftungen überall;
n. *Debita ex delicto.*

Da überall nur ein Moratorium auf bereits vorhandene Forderungen e) geht, und die in der Zukunft entſtehenden ganz auſser der Wirkung deſſelben liegen, ſo folgt von ſelbſt, daſs das unter Lit. g aufgeführte *Debitum privilegiatum* die Frucht verwirrter Rechtsbegriffe iſt. Mit den privilegirten *Debitis* unter Lit. a und b ſieht es nicht viel beſſer aus. Das Moratorium iſt ja nur ein Sicherungsmittel gegen andringende Gläubiger und gegen wirkliche Gläubiger. Wie kann man aber bey a von einem Gläubiger, der dem Schuldner auch verhaftet iſt, ſagen, daſs er gegen dieſen andringe, wenn er demſelben, indem dieſer gegen ihn klagt, die Ausflucht

c) *L. c.*, p. 187 ſeq.

d) Man ſehe ſie bey *Böhmer*, *a. a. O.*

e) Es ſind daher die Fragen ganz unnütz: ob ein Pachter, der ein Moratorium erhalten hat, das nach dem Moratorio fällige Pachtgeld auch nicht zu zahlen brauche; ob der Alimenten-Geber nicht nöthig habe, die fortlaufenden Alimente zu zahlen; u. ſ. f.; welche *Böhmer* berührt.

der Compensation entgegen setzt? — Ferner gehören ja zu den Gläubigern keine Vindicanten, und dies sind doch sichtlich der *Deponens* und *Commodans*. Diese wollen ja von dem Schuldner nichts weiter als ihre eigenthümlichen Sachen haben. Verlangen sie den Werth derselben, so werden sie freylich Gläubiger, aber diesen Fall unterstellt Böhmer gar nicht einmahl. Es bleiben also nur noch die übrigen so genannten privilegirten *Debita* vorhanden, die wir noch etwas genauer beleuchten müssen.

Die Forderungen unter Lit. c hält Böhmer, Arg. Nov. 17, C. 7, §. 1; L. 3 *C. de prec. imper. offerend.*; *L. fin. C. si contra ius vel util. publ.*; und L. 7, *C. de prec. imper. offerend.*, für privilegirt. Er will solches sogar auf alle *Debita patrimonialia* ausgedehnt wissen. Allein alle diese Gesetze beweisen nichts, eben so wenig als das Argument, dass der *Princeps legibus solutus* sey. Wenn einer warten kann, ist es der Fiscus. Indess ist durch die Praxis das *Debitum fiscale* als eine Forderung recipirt, der kein Moratorium entgegen stehen kann, weil die fiscalischen Einkünfte zur Erhaltung des Staats durchaus unwandelbar und fest seyn müssen.

Das Privilegium unter Lit. d ist gleichfalls in der Praxis angenommen, wenn das *Pium corpus*, ohne sein Geld zu haben, durchaus nicht bestehen kann. Man pflegt die *Pia corpora* in solchem Falle bey Ertheilung der Moratorien immer auszunehmen.

Die Forderungen unter Lit. e sind wieder in der Praxis als solche recipirt, denen das Moratorium nicht entgegen steht. Aber auch nur durch den Eigensinn der Praxis lassen sie sich als solche rechtfertigen. Böhmer will die Analogie der fiscalischen Forderungen hier anwenden, wozu der Irrthum älterer Rechtslehrer, die so gern die fiscalischen und Pupillen-Privilegien einander gleich setzen, Veranlassung gegeben hat. f)

Das bey Lit. f behauptete Privilegium ist aber weder in der Analogie der Gesetze noch in dem Gerichtsbrauche gegründet. Böhmer glaubt es durch folgende Gründe zu beweisen, weil 1. die *Exceptio rei iudicatae* alle *Exceptiones iuris* ausschliesse, und 2. die Kaiser in der *L.* 3 *C. de prec.*

f) Die Frage: wer ein Armer zu nennen sey, muss darnach bestimmt werden, ob jemand nur mit Zuziehung der Forderung sein Auskommen haben kann.

imper. offer. und *L. 3 C. sentent. resc. non poss.* verboten hätten, daſs ihnen jemand mit einem Antrage wider eine rechtskräftig abgeurtelte Sache kommen solle, auch ein dagegen erlassenes Rescript schon im voraus für unverbindlich erklärt hätten. Allein *Böhmer* hat hier nicht bedacht, daſs bloſs von der Execution eines rechtskräftigen Urtheils und dessen Aufschiebung die Rede ist. Davon sprechen aber die Gesetze nicht.

Die Forderungen unter Lit. h sind nach dem Gerichtsbrauche unstreitig privilegirt. Der Grund liegt in der Dürftigkeit dieser Menschen, welche ohne dieses Privilegium nicht füglich würden subsistiren können.

Das Privilegium der Forderungen unter Lit. i hat gleichfalls nach dem Gerichtsbrauche seine Richtigkeit, wenn der Gläubiger ohne diese Alimente nicht subsistiren kann, sonst aber wird nicht darauf Rücksicht genommen.

Hingegen wird den Forderungen unter Lit. k, l, m und n sämmtlich das ihnen irrig beygelegte Privilegium nach dem Gerichtsbrauche versagt. Die Gründe, die man dafür anführt, als: *Favor dotis, Utilitas publica*, allgemeine Begünstigung der *Pia corpora*, u. s. f., beweisen sämmtlich nichts. Gegen die *Debita ex delicto* ist über dies die Rechts-Analogie, weil Strafgelder allen Forderungen bey einem Schuldenwesen nachgesetzt werden. — Und bey beschwornen Forderungen wirkt ja der Eid nicht mehr als die Verbindlichkeit an und für sich selbst.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daſs die Moratorien heutiges Tages allein bey dem Landesherrn nachgesucht werden müssen, wenn der Schuldner ein Landeseingesessener und Unterthan ist. Kaiserliche Moratorien werden in Ansehung der Mittelbaren nicht mehr respectirt. g) — Der Landesherr hat übrigens dabey eben so freye Hand, als bey den Römern der Kaiser, und ist durch die *Reform. polit.* vom Jahre 1548 nicht eingeschränkt. Selten werden jedoch die Moratorien, die man bey uns auch Anstandsbriefe, eiserne Briefe und *Litterae quinquennales* h) nennt, über fünf Jahre hinaus ertheilt, wenn nicht wichtige Gründe dazu vorhanden sind. Eben so selten sind die Erneuerungen derselben, die übrigens in Absicht der Befugniſs dazu von Seiten des Regenten

g) Man vergleiche *Böhmer* a. a. O., p. 173.

h) Die Franzosen nennen sie *Lettres de respit.*

keinem Zweifel unterworfen ſeyn können. [i]) Die Reichs-Polizeyordnung verordnet auch noch ausdrücklich, daſs dem Schuldner nur ein Moratorium ertheilt werden ſoll, wenn er durch das Zeugniſs der Ortsobrigkeit nachgewieſen hat, daſs er durch bloſse Unglücksfälle herunter gekommen ſey, und gegründete Hoffnung habe, ſich durch den Anſtand wieder aufzuhelfen. [k])

Es ſind noch einige Streitfragen über die heutige Beſchaffenheit der Moratorien zu bemerken. Sie ſind zum Theil ſo beſchaffen, wie der gröſste Theil der juriſtiſchen Streitfragen beſchaffen iſt.

Es gehört hierher zuerſt die Frage: ob der Schuldner des Schuldners ſich auf das dieſem zugeſtandene Moratorium berufen und die Zahlung verweigern könne. Man pflegt gemeinhin zu behaupten, daſs, wenn der *Debitor debitoris* ſich unter anderer Landeshoheit befindet, er *iure retorſionis* ſich auf das Moratorium berufen und die Zahlung verweigern könne, auch, daſs, wenn der Schuldner ſeinen Gläubiger, der ihm gleichfalls etwas ſchuldig iſt, belangt, dieſer ihm ſein Moratorium vorrücken könne. Allein *Böhmer* [l]) hat, was den letztern Fall betrifft, bereits richtig bemerkt, daſs der verklagte Gläubiger wohl durch die Ausflucht der Compenſation, voraus geſetzt, wenn ſolche überall gegründet iſt, nicht aber durch die Berufung auf das Moratorium des Schuldners, ſich von der ſonſt zu leiſtenden Zahlung befreyen könne. — Und was den erſtern Fall betrifft, ſo ſteht bekanntlich wohl einem Landesherrn gegen den andern und deſſen Unterthanen, nicht aber dem Unterthan eines Landes gegen die des andern das Retorſions-Recht zu.

Eine andere ſtreitige Frage iſt es, ob durch das Moratorium der Zinſenlauf der Forderungen in ſo fern gehemmt werde, daſs auch der Schuldner während des Indults keine Zinſen zu bezahlen brauche; [m]) denn daſs der Zinſenlauf an ſich nicht gehemmt werden kann, folgt ſchon aus dem Satze No. VI auf S. 156, nach welchem das Moratorium in Abſicht der Forderungen ſelbſt keine Verän-

i) Den unnützen Streit der Rechtslehrer darüber kann man bey *Böhmer* nachleſen. Das Beſte iſt, daſs der Landesherr nicht die Rechtsgelehrten darum fragt, wenn er Moratorien ertheilen oder verlängern will.

k) *Böhmer l. c.*

l) *L. c.*

m) Die verſchiedenen Meinungen ſehe man bey *Chladenius de moratoriis curſum uſurarum non ſiſtentibus*. *Böhmer* erklärt ſich darüber gar nicht beſtimmt.

derung hervor bringt. [n]) Man muſs hier zwiſchen bereits rückſtändigen Zinſen und ſolchen, die erſt nach dem Moratorio fällig werden, unterſcheiden. Auf jene iſt allerdings das Moratorium auszudehnen, auf dieſe hingegen nicht, wenn ſolches nicht ausdrücklich in den Anſtandsbriefen beſtimmt worden iſt. — Denn wenn gleich ſonſt die Zinſen als ein Acceſſorium des Capitals anzuſehen ſind, und man daher vielleicht ſchlieſsen könnte: weil das Capital während des Indults nicht gefordert werden kann, ſo dürfen auch die Zinſen nicht gefordert werden; ſo iſt doch zu bemerken, daſs, wenn man den Zuſammenhang der Zinſen mit dem Capital ſo weit treiben wollte, man auch annehmen müſste, daſs keine Zinſen eher gefordert werden könnten, als bis das Capital abgetragen wird. Ueber dies ſind ja die künftigen Zinſen, ſo wie ſie fällig werden, zu den neuern nach dem Moratorio entſtandenen Forderungen zu rechnen, auf welche daſſelbe nicht ausgedehnt werden darf.

So wie man bey uns dem Schuldner die Rechtswohlthat des Moratorii verſtattet, eben ſo wird ihm auch die erzwungene Nachſicht, (S. 157,) und unter denſelben Beſtimmungen, die das Römiſche Recht vorſchreibt, geſtattet. Auch auf die übrigen Rechtswohlthaten, das *Beneficium competentiae*, (S. 168,) und *ceſſionis bonorum*, (S. 122,) iſt er Anſpruch zu machen befugt. Aber die heutige Anwendung dieſer beyden Rechtswohlthaten erfordert hier noch eine ausführlichere Erörterung.

Was zuerſt die Rechtswohlthat der Competenz betrifft, ſo ſtreitet man ſich darüber, ob nicht die in den Römiſchen Geſetzen den Soldaten geſtattete Competenz, (vergleiche S. 166, No. 8,) auch den Vaſallen und überall, vermöge einer ausdehnenden Erklärung, den Geiſtlichen, den erlauchten Perſonen, landesherrlichen Räthen, Adeligen und Doctoren geſtattet werden müſſe. *Hellfeld,* [o]) der Haupt-Schriftſteller in dieſer Lehre, will ſie den Vaſallen aus dem Grunde geſtattet wiſſen, weil ſie zu Kriegsdienſten verpflichtet wären, wenn ſie auch gleich ſolche heutiges Tages nicht mehr leiſteten, und beruft ſich dabey auf die *Ratio legis.* Den übrigen vorhin genannten Perſonen ſpricht er ſie aber aus

n) Es iſt nicht zu begreifen, wie der mehrmahls angeführte *Böhmer* noch hierüber im mindeſten zweifelhaft ſeyn konnte.

o) In der D. *de beneficio competent. ex proprio aeque ac tertii iure;* in *Opuscul.*, No. XXV.

dem Grunde ganz richtig ab, weil Rechtswohlthaten ſtrenge interpretirt und nicht von einem Falle auf den andern ausgedehnt werden dürften, der nicht unter dem Geſetze enthalten iſt.

Aber ich glaube auch, man verfällt in den nämlichen Fehler, wenn man die Rechtswohlthat der Competenz auf die Vaſallen ausdehnen will; denn der Vaſall hat mit dem Römiſchen *Miles* gar keine Aehnlichkeit, und iſt nicht für ſeine Perſon, ſondern lediglich wegen des Beſitzes des Lehens zu Kriegsdienſten verbunden. Die den Soldaten überhaupt verliehenen Privilegien, wohin auch die Competenz gehört, haben über dies ſämmtlich ihren ganz eignen Grund, von welchem auf den Vaſallen keine Anwendung gemacht werden kann.

Die Rechtslehrer haben, dem Römiſchen *Beneficio competentiae*, (unter dem Beynahmen: *ex iure proprio*,) zur Seite, noch ein *Beneficium competentiae ex iure tertii* geſchaffen, das aber, genau betrachtet, nichts anderes als ein Interventions - Recht iſt. Es beſteht nämlich in dem Rechte eines Dritten wegen eines habenden Intereſſe, ſich ins Mittel zu ſchlagen, und zu verhindern, daſs der Schuldner von ſeinen Gläubigern ganz ausgezogen werde. *Hellfeld* p) legt dieſes Interventions - Recht in Deutſchland:

1. dem Staate in Anſehung des in Schulden gerathenen Landesherrn bey, indem demſelben daran gelegen ſey, daſs die Landesherren von den Revenüen, die ſie aus den Abgaben der Unterthanen und den ihnen von den Vorfahren hinterlaſſenen Familien - Gütern ziehen, anſtändig leben und die ihnen obliegenden Regierungsverbindlichkeiten erfüllen könnten;
2. dem Landesherrn in Anſehung der appanagirten Prinzen, weil dieſe ihnen auf den Fall, daſs die Gläubiger die ganze Appanage oder deren vollſtändige Revenüen zu ſich nehmen ſollten, zur Laſt fallen würden;
3. dem Staate in Anſehung der Städte und Communen, wenn dieſe verſchuldet ſind, weil demſelben daran gelegen ſey, daſs dieſe erhalten würden;
4. dem Landesherrn in Anſehung des Vaſallen, damit dieſer ihm die Lehndienſte, wozu er ihm verpflichtet iſt, leiſten könne, wenn der Vaſall in Schulden geräth und die Gläubiger ſich ſämmtliche Früchte des Lehens, wozu ſie berechtigt ſind, zueignen wollen;

p) *A. a. O.*

5. den Kindern wegen des dem Vater in dem Adventiz-Gute zuſtändigen Nieſsbrauchs;
6. der Frau in Anſehung des Brautſchatzes, wenn der Mann verſchuldet iſt, weil er auf die Früchte des Brautſchatzes ein wohlerworbenes Recht hat, ſie zu den Eheſtandslaſten zu verwenden;
7. derjenige, der Alimente gegeben hat, wenn der Alimenten-Heber verſchuldet iſt und die Gläubiger ſich die Alimente ganz zueignen wollen;
8. dem Landesherrn in Anſehung der von ihm ſalarirten Officianten, wenn dieſe in Schulden gerathen, und gleicher Geſtalt den Communen in Anſehung der von ihnen ſalarirten Perſonen; und endlich
9. der Kirche in Anſehung der Geiſtlichen, wenn dieſe verſchuldet ſind, und die Gläubiger ihre kirchlichen Revenüen in Beſchlag nehmen.

Es gründet ſich dieſes Interventions-Recht oder ſo genannte *Beneficium competentiae ex iure tertii* theils auf das Intereſſe, das jemand an der Erhaltung der Güter des Schuldners, theils daran hat, daſs demſelben nicht alle Mittel entzogen werden, um die übernommenen Pflichten und Dienſte gehörig leiſten zu können. Bey den Kindern und der Ehefrau hat dieſes Interventions-Recht noch einen andern, und zwar den Grund, weil ſie mit einen gegründeten Anſpruch auf die Revenüen von denjenigen Sachen haben, welche ſich die Gläubiger zueignen wollen.

Es fehlt dieſem Interventions-Rechte an der nöthigen geſetzlichen Unterſtützung, und daher kommt es auf die Unterſuchung der Frage an, ob es ſich ſonſt wohl aus triftigen Gründen vertheidigen laſſe, auch, in wie fern es in der Praxis angenommen ſey.

Das Interventions-Recht unter No. 1, 2 und 3 iſt mit Hinſicht auf die Reception keinem Zweifel unterworfen, und kommt es daher weiter nicht auf die Befugniſs dazu an. Man leidet es, wenn der Landesherr verſchuldet iſt, nicht, daſs die Gläubiger ſämmtliche ihm zugehörige Revenüen in Beſchlag nehmen dürfen, ſondern es muſs ihm ſo viel übrig bleiben, als zur Führung ſeines Hofſtaats und überall, um als Landesherr anſtändig leben zu können, nöthig iſt. Einſchränken muſs ſich freylich der Landesherr, und darf er keinen unnöthigen Aufwand machen. An die zur Landesregierung angewieſenen Einkünfte können über dies die Gläubiger gar nicht kommen, und noch weniger an die Familien-

Güter und landesherrlichen Domainen; denn ihre Rechte ſchränken ſich bloſs auf das Privat-Vermögen des verſchuldeten Landesherrn ein. q)

Gleicher Geſtalt leidet es auch der Landesherr nicht, daſs, wenn eine appanagirte Perſon verſchuldet iſt, die ſämmtlichen Revenüen der Appanage in Beſchlag genommen werden. Es muſs für die appanagirte Perſon immer ſo viel übrig bleiben, als zu einem anſtändigen Auskommen derſelben nöthig iſt.

Ob es gleich keinem Zweifel unterworfen iſt, daſs die Schulden einer moraliſchen Perſon, z. B. einer Stadt oder andern Commune, eben ſo gut auf das Gemeinheitsvermögen fallen, als bey einzelnen Perſonen; ſo wird doch die Veräuſserung dieſer Güter von dem Landesherrn nicht zugelaſſen. Es wird eine Caſſe errichtet, in welche die Revenüen von dieſen Gütern flieſsen. Was nach Abzug der zur Erhaltung der Commune nöthigen Ausgaben und Beſoldungen übrig bleibt, davon werden die Gläubiger in der geſetzlichen Ordnung, wie ich weiter unten zeigen werde, befriedigt. Der Concurs über das Vermögen einer moraliſchen Perſon iſt daher im höchſt uneigentlichen Sinne ein Concurs zu nennen, und nicht ein Concurs über das Vermögen, ſondern nur über ihre Revenüen. r) Auf ähnliche Art wird es auch bey Staatsverſchuldungen in Deutſchland gehalten, wenn zur Regulirung des Schuldenweſens in einem Deutſchen Reichslande eine kaiſerliche Debit-Commiſſion ernannt wird. — Es hat dieſes Interventions-Recht auf das Schuldenweſen der moraliſchen Perſonen einen ſehr wichtigen Einfluſs. Was ich von Städten, Communen und ganzen Reichslanden geſagt habe, findet auch bey Verſchuldungen geiſtlicher Corporationen und milder Stiftungen eine Anwendung. Sind dergleichen Inſtitute ſo verſchuldet, daſs nicht abzuſehen iſt, wie aus dem Ueberſchuſſe ihrer Revenüen die Gläubiger befriedigt werden ſollen, ſo werden ſie freylich aufgehoben, und tritt nun ein förmliches Concurs-Verfahren über ihre Güter ein.

Das Interventions-Recht unter No. 4 läſst ſich aus dem Grunde vertheidigen, weil überall der Lehnsherr dem Vaſallen ja das Lehen nehmen kann, wenn er die davon abhängigen Kriegsdienſte nicht mehr zu leiſten im Stande iſt. Es läſst ſich aber nur auf den Fall annehmen, wenn die Gläubiger ſich die ſämmtli-

q) Vergleiche *Moſer* vom *reichsſtändiſchen Schuldenweſen.*

r) Man ſehe *Dan. Nettelbladt Iurispr. poſ. general. comm. Germanor.*, p. 706.

chen Lehnsfrüchte zueignen wollen; denn das Allodial-Vermögen des Vasallen ganz zu sich zu nehmen, werden sie dadurch nicht behindert. Allein heutiges Tages, da von dem Lehen keine Kriegsdienste geleistet werden, muss dieses Interventions-Recht wegen fehlenden Interesse wegfallen. Es muss der Lehnsherr zufrieden seyn, wenn ihm nur die ihm für die Lehndienste als ein Surrogat derselben gebührenden Ritterpferdsgelder und andern Prästationen richtig von den Gläubigern ausgezahlt werden.

Das Interventions-Recht unter No. 5 läfst sich nur in so fern annehmen, als mit dem väterlichen *Usufructus* in den Adventiz-Gütern der Kinder die Pflicht, diese zu erziehen und zu erhalten, verbunden ist. Wenn daher die Gläubiger den Vater ausklagen, und sich auch des Niessbrauchs des Adventiz-Gutes, wozu sie allerdings befugt sind, bemächtigen, so sind sie schuldig, das demselben obliegende Erziehungsrecht der Kinder anzuerkennen, und ihm von dem Niessbrauche so viel übrig zu lassen, als zur Vollendung der Erziehung nöthig ist. — Wollen sie den ganzen *Usumfructum* zu sich nehmen, so können die Kinder, oder vielmehr kann der Vater im Nahmen der Kinder sich ins Mittel legen und solches behindern.

Was das Interventions-Recht unter No. 6 betrifft, so läfst sich dasselbe aus den nämlichen Gründen als das vorige vertheidigen. Der Mann hat einmahl ein wohlerworbenes Recht auf den Niessbrauch des Dotal-Guts der Frau, und ist, da dieser zur Abhaltung der Ehestandslasten dient, doppelt dabey interessirt, dass die Gläubiger nicht das Ganze zu sich nehmen. Die Frau hat ihm auch zu dem letztern Zwecke allein den Brautschatz inferirt, und braucht es daher nicht zu leiden, wenn die Gläubiger zu ihrem und ihrer Kinder Präjudiz sämmtliche Früchte des Brautschatzes zu sich nehmen wollen. Kann doch die Frau, wenn der Mann wegen Dürftigkeit ihr keine Alimente mehr schaffen kann, ihr Eingebrachtes ganz zurück fordern, warum soll sie denn das den Gläubigern lange nicht so nachtheilige Interventions-Recht nicht geniessen?

Das Interventions-Recht unter No. 7 ist ganz ungegründet. Wohl steht einem Menschen, dem Alimente hinterlassen worden, nach *L. 6 C. de cess. bonor.* eine Exception zu, wenn die Gläubiger sich derselben bemächtigen wollen; aber *ex proprio*, und nicht *ex tertii iure*, entspringt diese Exception. Denn was hat der Geber der Alimente für ein Interesse, die Gläubiger zu behindern, dass

ſie ſich derſelben bemächtigen? — Und wenn er auch ein ſolches hat, ſo hätte er es beſtimmt bey der Verabreichung der Alimente ausdrucken müſſen; denn ſonſt ſind die Gläubiger befugt, die Alimente als eine Gabe aus Barmherzigkeit oder Mitleiden zu betrachten, wobey auf Seiten des Gebers nie ein wahres oder doch nicht ein geſetzliches Intereſſe vorhanden iſt.

Das Interventions-Recht unter No. 8 und 9 hingegen hat wieder ſeinen guten Grund. — Salarien werden nicht bloſs zu dem Ende verabreicht, damit der Salarirte dadurch belohnt werden ſoll, ſondern damit er zugleich in den Stand geſetzt werden möge, anſtändig zu leben und die ihm auferlegten Amtspflichten deſto beſſer zu erfüllen. Eben das iſt bey den Salarien und Revenüen der Geiſtlichen der Fall. Der Geber der Salarien und Revenüen braucht daher nicht zu leiden, daſs die Gläubiger ſolche ganz zu ſich nehmen, weil der Salarirte dadurch auſser Stand geſetzt wird, die ſchuldigen Amtspflichten gehörig zu erfüllen; es muſs ihm vielmehr frey ſtehen, ſolche lieber ganz einzuziehen und das Amt einem andern zu conferiren. — Nach der Praxis iſt angenommen, daſs in dergleichen Fällen nur ſo viel von dem Gehalte des Schuldners in Beſchlag genommen werden kann, als nicht zu ſeinem und der Seinigen Unterhalte durchaus nothwendig iſt. [s])

Ich habe das ſo genannte *Beneficium competentiae* mit dem Nahmen: Interventions Recht, geſtempelt. Ich räume dem Schuldner nämlich zwar das Recht ein, ſich darauf mit zu berufen, aber eigentlich iſt doch derjenige,

s) Das Römiſche Recht erlaubt zur Hülfe die *Executio in ſalaria. L. 4 C. de execut. rei iudic.* *Hellfeld, a. a. O.*, §. 22, Not. p, ſagt: *Quod tamen intelligendum ſub limitatione, ne ob defectum alimentorum ſalariatus officio praeeſſe fiat naturaliter vel moraliter inhabilis.* Allein von dieſer Einſchränkung weiſs das Römiſche Recht nichts, konnte auch füglich davon nichts wiſſen, da man bey den Römern die Officianten von Seiten des Staats nicht ſo in Schutz nahm, als man ſie bey uns nimmt. Daſs aber deſſen ungeachtet die *Executio in ſalaria* bey uns nur *in tantum* verfügt wird, bezeugen *Struben*, *rechtliche Bedenken*, Th. 1, B. 7; *Leyſer*, *Medit. ad D.*, Spec. 476, Med. 4 und 5; u. a. m.

Für die Geiſtlichkeit führt man das berühmte *C. 3 X. de ſolut.* zwar an; allein *Lauterbach*, *de benef. compet.*, §. 33, hat gründlich bewieſen, daſs das Geſetz nur bloſs von der *Excommunicatio clericorum* wegen Schulden ſpricht, aber gar nicht von einem *Beneficio competentiae.* Indeſs iſt auch hier das Interventions-Recht der Kirche nach der Praxis keinem Zweifel unterworfen. *I. H. Böhmer Ius Prot. eccleſ.*, L. III, Tit. 23, §. 26.

der, wie ich oben gezeigt habe, ein Intereſſe dabey hat, daſs dem Schuldner gewiſſe Revenüen nicht entzogen werden, zu interveniren ſchuldig, wenn der Schuldner völlig gedeckt werden ſoll. — Daſs man ſchon darauf Rückſicht nimmt, wenn der Schuldner ſich darauf beruft, rührt allein daher, weil man darauf Rückſicht nehmen muſste, wenn es von demjenigen urgirt wurde, der ein Intereſſe dabey hat, daſs dem Schuldner etwas nicht entzogen wird. Es bleibt daher zwiſchen dem *Beneficio competentiae ex proprio iure* und *ex iure tertii* immer der Unterſchied, daſs 1. das *Beneficium competentiae ex iure proprio* das wahre *Beneficium competentiae* und ein alleiniges Recht des Schuldners iſt, von welchem er Gebrauch machen und auch darauf Verzicht leiſten kann, wenn er will, das ihm auch wegen Unwürdigkeit entzogen werden kann; hingegen 2. das *Beneficium competentiae ex iure tertii* gar nicht von der Dispoſition des Schuldners abhängig iſt, wenn man ihm gleich erlaubt, ſich darauf zu berufen, ſondern es ganz von dem Dritten, dem es zuſtändig iſt, abhängt, ob er von demſelben als einem wahren Interventions Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Es muſs daher dieſer immer erſt gerichtlich darüber befragt werden, ob er von demſelben Gebrauch machen wolle oder nicht, und kann auf die bloſse Vorſchützung von Seiten des Schuldners nicht ſchon Rückſicht genommen werden. — So wie daher der Schuldner darauf als ein *Ius tertii* nicht Verzicht leiſten kann, auch nicht in Betrachtung kommt, ob er ſich deſſelben unwürdig gemacht habe: ſo kann jedoch der Dritte, dem es zuſtändig iſt, daſſelbe fallen laſſen, und alsdann werden die Gläubiger durch nichts gehindert, dem Schuldner alles zu entziehen, was ihm durch das *Beneficium competentiae ex iure tertii* ſonſt erhalten werden könnte. — Uebrigens iſt auch zwiſchen beyden Gattungen der Rechtswohlthat der Competenz noch der Unterſchied, daſs das *Beneficium competentiae ex iure proprio* meiſten Theils nur gegen diejenigen Gläubiger, gegen welche es nach den Geſetzen beſonders verliehen worden iſt, und ſehr ſelten gegen alle Gläubiger, (S. 166 folg.,) das *Beneficium competentiae ex iure tertii* aber gegen ſämmtliche Gläubiger des Schuldners gebraucht werden kann.

Was ich oben von dem Verhältniſſe des Schuldners, dem das *Beneficium competentiae ex iure proprio* gegen einen Gläubiger zu Theil geworden war, zu den übrigen Gläubigern geſagt habe, (S. 172,) findet auch noch heutiges

Tages ganz unſtreitig Statt. Ich habe nur noch zu bemerken, daſs man in der Art, wie dem Schuldner die nothdürftigen Alimente anzuweiſen ſind, nicht ganz einig iſt. *Hellfeld* [t]) ſagt: *Alimenta vero competentia debitori duobus modis conſtitui ſolent. Primo, quando creditores bona debitoris capiunt, ſed cum onere, annuatim ex iis ſummam aliquam debitori, donec vixerit, ad victum et amictum porrigendi. Secundo, ſi a bonis ſeparatur aliquid et relinquitur debitori, ex cuius fructibus alimenta donec vixerit capiat. Priori caſu, qui erat creditor, fit alimentorum debitor et horum cauſa ſecuritatem cavendo praeſtare, eamque in rem bona accepta pignori ſubiicere tenetur. Poſteriori caſu debitor manet dominus et poſſeſſor rerum pro alimentis relictorum, donec vivit aut meliorem haud conſequitur fortunam. Creditoribus vero cavere debet, de ſolutione in caſu pinguioris fortunae praeſtanda, ſicuti et in ipſis bonis, quae debitori alimentorum cauſa relinquuntur, creditoribus pignus conſtitui debet.* Man kann dieſe Beſtimmung im Allgemeinen gelten laſſen, aber es iſt nun noch näher zu unterſuchen, wie es mit der Rechtswohlthat der Competenz beym Concurſe zu halten iſt. Ich glaube, folgende Theorie iſt hierüber die richtigere.

I. Wenn der Schuldner einem von den Concurs-Gläubigern das *Beneſicium competentiae ex iure proprio* entgegen ſetzte, und mit Recht entgegen ſetzen konnte, ſo muſs dieſem ſo viel von ſeiner Forderung gekürzt und dem Schuldner nachgelaſſen werden, als im Verhältniſſe zu dem ganzen Vermögen allen Gläubigern *pro rata* hätte gekürzt werden müſſen, wenn der Schuldner ſich gegen ſie alle der Competenz hätte bedienen können. [u]) Wir wollen z. B. einmahl vier Gläubiger annehmen, wovon A 400 Rthlr., B, D und E jeder eben ſo viel zu fordern haben, folglich die Summe aller Forderungen 1200 Rthlr. wäre. Wir wollen ferner annehmen, daſs, wenn zu dieſer ganzen Summe nur Ein Gläubiger vorhanden wäre, der ſich das *Beneficium competentiae* gefallen laſſen müſste, davon 400 Rthlr. abgehen und dem Schuldner als nothdürftiger Unterhalt verbleiben müſsten; ſo würde, auf den hier voraus geſetzten Fall, wenn mehrere

t) *L. c.*, §. 26.

u) Daſs auf dieſen Abzug, der dem Schuldner verbleibt, die andern Gläubiger keinen Anſpruch machen können, habe ich oben, S. 172, gezeigt.

Gläubiger diese Summe zu fordern hätten und ein Concurs entstünde, angenommen werden können, daſs dem A, den wir hier als den Gläubiger setzen wollen, dem das *Beneficium competentiae* entgegen steht, von seiner Forderung, falls er überall damit zur Hebung kommt, 100 Rthlr. abgehen, und dem Schuldner anstatt der Alimente bleiben müſsten. — Sollte der Schuldner, welches nur selten der Fall seyn kann, z. B. bey Soldaten, gegen sämmtliche Gläubiger das *Beneficium competentiae ex iure proprio* haben; so muſs das, was ihm mit Hinsicht auf diese Rechtswohlthat zu lassen ist, entweder allen, welche beym Concurse zur Hebung kommen, von ihren Forderungen *pro rata* gekürzt, oder, noch besser, zuvor von der Masse abgezogen werden, ehe diese unter die Gläubiger vertheilt wird.

Ist hingegen II. von dem *Beneficio competentiae ex iure tertii* die Rede, so kommt es darauf an, worauf gerade diese Rechtswohlthat gerichtet ist. *Hellfeld* v) hat diesen Umstand ganz übersehen und alles durch einander gemischt. Intervenirt z. B. die Frau wegen der Früchte des Brautschatzes, und sind diese selbst so geringe, daſs kaum der Unterhalt der Familie davon genommen werden kann, so müssen sich die Gläubiger derselben ganz enthalten, und dürfen solche daher gar nicht zur Masse gezogen werden. Ein Gleiches ist der Fall bey den Kindern, wenn diese das Interventions-Recht wegen des Adventiz-Guts, wovon der Vater den Nieſsbrauch hat, ausüben. Intervenirt der Staat, die Kirche, oder eine Commune wegen ihrer Officianten, so wird gleich voraus bestimmt, wie viel von dem Gehalte und den übrigen Revenüen des Beamten, nach Abzug seines nothwendigen Unterhalts zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden kann, und dies wird verkümmert. Beym Concurse der erlauchten Personen ganzer Länder und Communen wird nach den oben bemerkten Grundsätzen, (S. 509.) auf ähnliche Art verfahren. w)

Es ist noch die in dem Römischen Rechte nicht entschiedene Frage zu untersuchen, ob nach geschehener *Cessio bonorum* der Schuldner noch zum Gebrauche der Rechtswohlthat der Competenz gelassen werden könne. — Die Frage kann überall nur den Fall betreffen, wenn der Schuldner geradehin die

v) *A. a. O.*

w) Man sehe die Schriften über den Concurs der erlauchten Personen und die kaiserlichen Debit-Commissionen.

Abtretung des Vermögens offerirt, ohne ſich die Competenz vorzubehalten. *Hellfeld* x) macht einen Unterſchied, ob das Vermögen des Schuldners ſchon veräuſsert und unter die Gläubiger vertheilt worden ſey, oder nicht. Im erſtern Falle, ſagt er, findet das *Beneficium competentiae* nicht mehr Statt, wohl aber im letztern Falle. Die Antwort paſst offenbar nicht auf die Frage, denn es kommt hier bloſs darauf an, ob angenommen werden kann, daſs der Schuldner durch die unbedingte Güterabtretung auf die Rechtswohlthat der Competenz Verzicht geleiſtet habe. — Ich glaube die Frage durchgängig zu bejahen; denn die Abtretung der Güter iſt ja weiter nichts als eine freywillige Abſonderung des Schuldners von ſeinem Eigenthume, um der damit verbundenen geſetzlichen Privilegien mit Hinſicht auf die Rechte der Gläubiger im Allgemeinen theilhaftig zu werden. Man darf ſie daher nicht zum Nachtheile des Schuldners und ſo erklären, als wenn derſelbe dadurch irgend eines damit gar nicht in Verbindung ſtehenden Vortheils verluſtig werden könnte. Eben ſo wenig als dem Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz entzogen werden kann, wenn nach dem heutigen Gebrauche der Richter *ex officio* über ſein Vermögen einen Concurs formirt: eben ſo wenig kann ſie durch die freywillige Abſonderung von ſeinem Eigenthume ihm geraubt werden, wenn er ſich auch ſolche gleich nicht vorbehalten hat. Setzt der Schuldner die Competenz nicht entgegen, und läſst die Veräuſserung und Vertheilung ſeines Vermögens zu: ſo fällt ſolche freylich weg, aber ſie geht alsdann darum verloren, weil ſie als *Exceptio* nicht zu rechter Zeit gebraucht worden iſt; denn überall iſt die Rechtswohlthat der Competenz nur ein Rechtsmittel, welches *per modum exceptionis*, nicht aber *per modum actionis* gebraucht werden kann.

Wir haben uns jetzt noch mit der Rechtswohlthat der Güterabtretung mit Hinſicht auf das heutige Schuldverfahren zu beſchäftigen. — Es iſt bey uns ſelten der Fall, daſs ein Schuldner zu der Güterabtretung ſeine Zuflucht nimmt, ſondern meiſten Theils nimmt das Concurs-Weſen denſelben Lauf, d. h.: es wird das Vermögen des Schuldners, wenn er ſich für inſolvent erklärt oder wenn er inſolvent befunden wird, in Beſchlag genommen und ein Concurs darüber formirt. Es möchte auch ſcheinen, als wenn dieſe Rechtswohlthat heutiges

x) *A. a. O.*

Tages ganz ohne Nutzen sey, indem der Personal-Arrest, welchen zu vermeiden sie doch vorzüglich eingeführt wurde, (S. 125,) bey uns ganz wegfällt, und man auch ohne *Cessio bonorum* nach beendigtem Concurse den Gläubigern, welche dabey leer ausgegangen sind, nicht erlaubt, sogleich wieder über den Schuldner herzufallen, sondern diesem Zeit gelassen werden muss, sich wieder zu erhohlen: denn von der gesetzlichen Strafe der muthwilligen Bankerutteurs, (und eine andere Strafe giebt es ja für einen Schuldner nicht,) befreyet, wie einige der heutigen Juristen glauben, die *Cessio bonorum* nicht, indem sie ja solchen Schuldnern gar nicht gestattet werden darf. — Allein es ist nichts desto weniger ausgemacht, dass die *Cessio bonorum* noch allerdings dem Schuldner grosse Vortheile gewähren kann, und dass er zu derselben, wenn er sich darauf beruft, gelassen werden muss: denn wenn auch der Personal-Arrest schon von selbst wegfällt, und wenn ferner dem Schuldner auch ohne *Cessio bonorum* nach beendigtem Schuldenwesen Frist zu seiner Erhohlung verstattet wird; so bleibt doch noch immer die vortheilhafte Wirkung der *Cessio bonorum* übrig, dass die Gläubiger über das, was dem Schuldner während des Concurses anheim fällt, nicht sogleich wieder herfallen und es zur Concurs-Masse ziehen können. — Auch legt man nach dem Gerichtsbrauche, — freylich wider die ursprüngliche Einführung dieser Rechtswohlthat, — derselben die rechtliche Wirkung bey, dass die Gläubiger das Recht, welches sie sonst an der Person des Schuldners auf den Fall, dass sie aus seinem Vermögen nicht befriedigt werden können, haben, verlieren. Es lässt sich auch diese Ausdehnung um so eher rechtfertigen, als selbst schon das neuere Römische Recht die Wirkungen der *Cessio bonorum* über die ursprüngliche Beschaffenheit derselben hinaus ausgedehnt hat. In Absicht des Gebrauchs dieser Rechtswohlthat geht es noch bey uns ganz nach der Vorschrift des Römischen Rechts. Auch das Uebrige, was ich im fünften Kapitel von den Wirkungen dieser Rechtswohlthat und ihrer Beschaffenheit gesagt habe, findet noch durchgehends bey uns Anwendung. Nur versteht es sich von selbst, dass in die *Cessio bonorum* dasjenige Vermögen des Schuldners nicht begriffen ist, worüber er nicht frey disponiren konnte, z. B. Lehn- und Fideicommiss-Güter.

ACHTZEHNTES KAPITEL.

Einzelne Acte des heutigen Schuldverfahrens.

ERSTER ACT: Vorbereitungen zum Concurse.

Wenn ein Schuldner sich bey dem Andringen seiner Gläubiger für insolvent erklärt, oder dafür befunden wird, mag er sich nun zur Abtretung seines Vermögens erbieten oder nicht, mögen ihm auch keine Rechtswohlthaten weiter zu Statten kommen, wodurch er sich gegen seine Gläubiger schützen kann; so ist es nun die erste Pflicht des Richters, dafür zu sorgen, dass das, was von dem Vermögen des Schuldners noch übrig ist, für die Gläubiger erhalten werde. Da die bey den Römern übliche Immission heutiges Tages wegfällt, so müssen die Gläubiger auf andere Art gesichert werden. Dies geschieht durch die Entsetzung des Schuldners aus seinem Vermögen, — Exmission, (*Exmissio,*) — wozu jedoch nicht anders geschritten wird, als wenn man ihm durchaus nicht trauen kann, durch die Untersagung aller Disposition über sein Vermögen und Veräusserung desselben, welches meisten Theils der Fall ist, und dadurch, dass der Richter ein genaues Inventarium von sämmtlichen zur Gütermasse des Schuldners gehörigen Vermögensstücken aufnimmt. — So wie diese Inventur überall nicht vernachlässigt werden darf, so wird sie insbesondere nöthig, wenn der Schuldner flüchtig geworden oder verstorben ist.

Die gewöhnlichen Mittel, wodurch ein Schuldner zur Bezahlung seiner Gläubiger sonst angehalten werden kann, fallen weg, so bald mehrere Gläubiger entweder schon da sind, oder doch Kenntniss von denselben dem Richter beywohnt und die Insolvenz des Schuldners bekannt wird. — Er darf weder mehr Zahlungsbefehle erlassen, noch Auspfändungen vornehmen, noch endlich zu einer particulären Immission schreiten. Thut er es nichts desto weniger, so macht er sich den Gläubigern verantwortlich, welche auf die Vernichtung dieses ihren wohlerworbenen Rechten nachtheiligen Verfahrens antragen können: denn in dem Augenblicke, da es sich zeigt, dass das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger hinlänglich ist, erhalten diese ein wohlerworbenes Recht, daraus, mit Hinsicht auf die in den Gesetzen angeordneten Vorzüge der Forderungen, befriedigt zu werden, welches Recht am allerwenigsten von dem Richter aus den Augen gesetzt werden darf. Es ist daher

auch heutiges Tages Pflicht des Richters, auf den Fall, daſs ein Schuldner ausgeklagt wird, von dem Zuſtande ſeines Vermögens Nachricht einzuziehen, um darnach beurtheilen zu können, ob er füglich zur Befriedigung des klagenden Gläubigers ſich der gewöhnlichen Zwangs- und Executions-Mittel bedienen könne.

Da dem Richter daran gelegen ſeyn muſs, den wahren Vermögenszuſtand des Schuldners zu wiſſen, ſo kann er denſelben, auch ehe er noch den geringſten weitern Schritt thut, zum Offenbarungseide auffordern. Meiſten Theils wird jedoch dieſer Eid erſt ſpäterhin auf Inſtanz der Gläubiger abgenommen. Nicht nur der Schuldner, ſondern auch ſeine Ehefrau, ſeine erwachſenen Kinder und Domeſtiken, können aufgefordert werden, eidlich zu erklären, daſs ſie weder ſelbſt von dem Vermögen des Schuldners etwas entwendet haben, noch darum wiſſen, daſs etwas entwendet worden ſey. Man pflegt zwar gewöhnlich anzunehmen, daſs, um dieſen Eid fordern zu können, gegründete Vermuthungen einer begangenen Veruntreuung vorhanden ſeyn müſſen; allein die von den Geſetzen allgemein anerkannte *Obligatio ad manifeſtandum* widerſpricht dieſer Behauptung, wenigſtens würden die Domeſtiken des Schuldners und alle, welche von ſeinem Vermögenszuſtande Nachricht haben können, unbezweifelt auch ohne dieſen Verdacht zum Manifeſtations-Eide aufgefordert werden können. — Weigert ſich der Schuldner des Manifeſtations-Eides, ſo fällt der gröſste Verdacht der Betrügerey auf ihn, und gleicher Geſtalt trifft andere der Verdacht der Mitwiſſenſchaft um dieſen Betrug, wenn ſie, zum Manifeſtations-Eide aufgefordert, denſelben verweigern. y) — Ueberall iſt dieſer Manifeſtations-Eid ſchon von Seiten des Schuldners in die mit einem Eide zu beſtärkende Specification ſeines Vermögens begriffen, welche der Richter von ihm verlangt. Man kann als allgemeine Regel annehmen: der Richter dürfe nicht eher zur Formirung eines Concurſes ſchreiten, als bis er die gewiſſeſte Ueberzeugung hat, daſs auf dem ordentlichen Wege die Befriedigung der Gläubiger nicht mehr geſchehen kann. Dieſe Ueberzeugung kann er nur dadurch erhalten, wenn der Schuld-

y) Es iſt wohl nur ein Scherz, wenn *Kraft*, in den *praktiſchen Anmerkungen über den Concurs-Prozeſs*, S. 107, behauptet, daſs der Schuldner zur Ablegung des Manifeſtations-Eides durch Zwangsmittel, auch wohl gar durch die Tortur gezwungen werden könne.

ner ihm ein genaues Verzeichniſs ſeines activen ſo wohl als paſſiven Vermögens einreicht, oder er ſich ſelbſt durch ein aufgenommenes Inventarium von dem Zuſtande des activen Vermögens des Schuldners überzeugt hat, und durch Vergleichung des paſſiven Vermögens mit dem ihm bekannt gewordenen activen findet, daſs das erſtere das letztere um vieles überſteigt: denn eine Verfahrungsart, wie der Concurs hervor bringt, kann, wie *Grollmann* z) richtig bemerkt, nur durch die gewiſſeſte Ueberzeugung, daſs das ganze Vermögen des Schuldners von den Gläubigern werde verſchlungen werden, gerechtfertigt werden. — Hat nun aber der Richter einmahl dieſe Ueberzeugung erhalten, ſo darf er auch zum Nachtheile der Gläubiger weder mit der Eröffnung des Concurſes zaudern, noch dem Schuldner länger eine Verfügung über ſein Vermögen geſtatten, die den Gläubigern ſehr ſchädlich werden kann.

NEUNZEHNTES KAPITEL.

ZWEYTER ACT: Edictal-Citation und Präcluſion; — Verſuch, einen Nachlaſsvertrag unter den Gläubigern hervor zu bringen.

Unter den im vorigen Kapitel gedachten Umſtänden, und wenn der Richter ſieht, daſs das ganze Vermögen des Schuldners durch die Gläubiger verſchlungen werden wird, iſt es nun ſeine Pflicht, den verſchuldeten Zuſtand des Schuldners öffentlich bekannt zu machen, oder, wie man zu ſagen pflegt, den Concurs zu eröffnen. Die Eröffnung des Concurſes geſchieht durch eine Edictal-Citation, wodurch alle diejenigen, welche an dem Schuldner etwas aus irgend einem Rechtsgrunde zu fordern haben, aufgefordert werden, binnen einer gewiſſen Zeit zu erſcheinen und ihre Forderungen gerichtlich anzugeben. Die Erlaſſung der Edictal-Citation iſt durchaus nöthig, wenn auch der Schuldner ſeine Gläubiger ſämmtlich nahmhaft gemacht haben ſollte, oder ſolche dem Gerichte ohnehin ſchon aus den Acten bekannt ſind. a) Zwar räth *Mevius* zur Vermeidung der-

z) In ſeiner ſchätzbaren *Theorie des gerichtlichen Verfahrens* u. ſ. w., S. 430.

a) Das Gegentheil behauptet *Schaumburg* in *Princip. iur. iudic.*, L. 2, C. 8, §. 4, Not. *).

selben an, die Gläubiger in solchem Falle Caution leisten zu lassen, dass, wenn sich noch einige unbekannte Gläubiger melden sollten, sie diese, wenn sie ihre Ansprüche darthun würden, befriedigen wollten: allein abgesehen davon, dass die Erlassung der Edictal-Citation in dem vorliegenden Falle ausdrücklich in den Reichsgesetzen vorgeschrieben ist, so sind die Unordnungen, die durch ein solches Verfahren entstehen würden, viel zu gross, als dass man diesen Rath befolgen könnte. Die Meinung von der Unterlassung der Edictal-Citation beruht ohnehin auf der falschen Voraussetzung, als sey die Edictal-Citation ehrenrührig, welches doch keinesweges der Fall ist. Dazu kommt, dass die, wie ich hernach zeigen werde, mit der Edictal-Citation verbundene Präclusion dem ganzen Concurs-Verfahren erst eine bestimmte Richtung giebt, und den Richter so wohl als die Gläubiger sichert, dass, wenn der eigentliche Concurs-Prozess seinen Anfang genommen hat, sich hernach weiter kein Gläubiger mehr mit seinen Anforderungen melden kann, was sonst unvermeidlich seyn würde. Wir haben bey der zu erlassenden Edictal-Citation zweyerley zu bemerken: die Form und die Materie. b)

Was zuvörderst die Form der Edictal-Citation bey einem Concurse betrifft, so ist diese von der Form der Edictal-Citation überhaupt nicht verschieden. Es kommt hier zwar vorzüglich auf die Vorschrift der Landesgesetze an, indess genügt es im Allgemeinen, wenn solche an dem Orte, wo sich der Schuldner befindet, öffentlich angeschlagen und den gelesensten Zeitungen inserirt wird. Da zu vermuthen ist, dass sich die meisten Gläubiger eines Schuldners im Lande selbst befinden, so ist der Richter vor allem schuldig, die Edictal-Citation den im Lande erscheinenden Intelligenz-Blättern und Zeitungen inseriren zu lassen. Bey grossen und weitläuftigen Concursen, besonders wenn der Schuldner mit Auswärtigen in Handelsverkehr gestanden hat, ist die Verbreitung der Edictal-Citation schon nöthiger, als bey geringfügigen Concursen. Es wird solche auch wohl an die Gerichte des Orts gesandt, wohin der grösste Verkehr des Schuldners ging, und werden solche ersucht, sie dort öffentlich anschlagen zu lassen.

b) Man vergleiche hier *Joach. Frick de edictali citatione, vulgo Proclamate*, Kilon. 1729; *Klügel de citat. edictali.*

Wichtiger als die Form ist zweytens die Materie der Edictal-Citation, oder der Inhalt derselben bey Concursen. — Die Edictal-Citation muss enthalten:

1. Eine Nachricht von dem Vermögensverfalle des Schuldners und der Nothwendigkeit der Formirung eines Concurses über dasselbe;
2. eine Aufforderung an sämmtliche Gläubiger des Schuldners, oder vielmehr an alle, welche aus irgend einem Grunde von dem Schuldner etwas zu fordern haben, sich mit ihren Ansprüchen zu melden und solche zu bewahrheiten;
3. die Bestimmung der Zeit und des Orts, zu welcher und an welchem die Geladenen erscheinen sollen;
4. die Drohung, dass die nicht Erscheinenden von aller Theilnahme an der Concurs-Masse ausgeschlossen seyn sollen;

Datum, Ort und Nahme des Gerichts sind ohnehin schon nothwendige Erfordernisse jeder Citation.

In Ansehung des Materiellen der Edictal-Citation kommen noch folgende Umstände in nähere Betrachtung.

Die Edictal-Citation soll, nach dem Wesen des Concurs-Verfahrens, nicht bloss die eigentlichen Gläubiger des Schuldners, sondern auch die Vindicanten, kurz, alle diejenigen angehen, welche an dem Schuldner wegen einer Verbindlichkeit etwas zu fordern haben, die sein Vermögen betrifft. Hiernach würde es eben nicht nöthig seyn, dass der Richter sich ganz bestimmt bey der Vorladung ausdruckte, sondern der Ausdruck: Gläubiger, würde schon hinlänglich seyn, weil unter diesem Ausdrucke in der weitern Bedeutung jeder begriffen ist, der von dem Schuldner aus irgend einem Rechtsgrunde etwas zu fordern hat. Da indess die Vindicanten leicht glauben könnten, dass sie die Edictal-Citation nichts angehe, so ist der Richter schuldig, sich bestimmter auszudrucken, und daher kommt die in den Edictal-Citationen gewöhnliche Clausel, dass alle diejenigen erscheinen sollen, welche *ex quocunque capite* von dem Schuldner etwas zu fordern haben. Es ist auch nach dem Gerichtsbrauche angenommen, dass, wenn der Richter sich unbestimmt ausgedruckt hat, ein Vindicant, der nach geschehener Präclusion erst erscheint, noch zugelassen und *brevi manu in integrum* restituirt wird.

Der Zweck der Edictal-Citation ist nicht allein, dass alle, so wohl bekannte als noch unbekannte, Gläubiger c) in einem bestimmten Termine ihre Forderungen angeben und bewahrheiten, sondern dass auch die Zahl der Gläubiger, welche an dem Concurse Antheil nehmen, bestimmt werden soll. — Darum wird mit jeder Edictal-Citation auch die Androhung der Ausschliessung für diejenigen Gläubiger verbunden, welche der richterlichen Aufforderung nicht Genüge leisten. Dies führt uns auf die Lehre von der Präclusion beym Concurse, welche hier an ihrem rechten Orte steht.

Man versteht unter Präclusion bey Concursen im Allgemeinen eine richterliche Erklärung, dass diejenigen, welche an den Schuldner oder dessen in die Concurs-Masse gezogene Güter Ansprüche haben, selbige aber, der an sie ergangenen Aufforderung ungeachtet, nicht angezeigt, oder nach der richterlichen oder gesetzlichen Vorschrift betrieben haben, aller Theilnehmung an der Concurs-Masse verlustig seyn sollen. Nach diesem Begriffe von der Präclusion beym Concurse kann sich also jemand, der an den Schuldner und dessen Vermögen Anspruch macht, die Präclusion auf eine doppelte Art zuziehen: nämlich ein Mahl dadurch, dass er bey dem Anfange des Concurses sich wegen seiner Forderung nicht meldet, da er doch solches zu thun schuldig war; zweytens dadurch, dass er sich zwar beym Concurse gemeldet, aber in der Folge etwas unterlassen hat, welches zur Deducirung seiner angegebenen Forderung wesentlich erforderlich war. Wird er aus dem erstern Grunde von der Theilnahme an der Concurs-Masse ausgeschlossen, so entsteht daraus die eigentliche Präclusion; erfolgt hingegen der Ausschluss aus dem letztern Grunde, so kann man solches eine un-

c) Daraus folgt denn, dass die Edictal-Citation auch die bekannten Gläubiger schon an sich verbindet. Doch räth *v. Trütschler*, (*Lehre von der Präclusion der Gläubiger*, §. 18,) an, die Edictal-Citation mit der Current-Citation an die bekannten Gläubiger zu verbinden, weil auf diese Art eines Theils manchen Beschwerden der Gläubiger vorgebeugt werde, andern Theils aber sich aus dem Nicht-Liquidiren eines solchen Gläubigers, welcher *nahmentlich* vorgeladen worden ist, die Entsagung der Theilnehmung an dem Concurse mit besserm Rechte folgern lasse, als aus dem Aussenbleiben derer, die nur durch den öffentlichen Aufruf geladen worden sind. Vergleiche auch *Schaumburg Princ. prax. iud.*, L. 2, C. 8, §. 4.

eigentliche Präclusion nennen. [d]) Der Unterschied zwischen beyden Gattungen der Präclusion liegt so wohl in der Ursache als in der Wirkung, wie sich in der Folge zeigen wird. Hier haben wir es bloſs mit der eigentlichen Präclusion zu thun.

Unter der eigentlichen Präclusion beym Concurse verstehe ich die richterliche Erklärung, daſs jemand, welcher an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche machen kann, sich aber, der gesetzmäſsigen Ladung ungeachtet, nicht in der darin bestimmten Zeit beym Concurse gemeldet und seine Ansprüche angegeben hat, von aller Theilnehmung an der Concurs-Masse und dem, was dazu gehört, ausgeschlossen seyn solle. Sehen wir auf den wahren Grund dieser eigentlichen Präclusion, so kann solcher, nach dem davon gegebenen Begriffe und der Natur der Sache, in nichts anderes, als darein gesetzt werden: daſs 1. eine mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehene präclusivische Ladung vorauf gegangen sey; 2. daſs auch der Richter, der solche erläſst, das Recht gehabt habe, diese Aufforderung mit der Wirkung ergehen zu lassen, daſs derjenige, welcher ihr nicht gebührende Folge leistet, von der Concurs-Masse völlig ausgeschlossen werde; 3. daſs von Seiten des zu Präcludirenden die Anzeige desjenigen, was er zu fordern hat, entweder ganz unterlassen, oder doch nicht auf die gebührende Art betrieben worden sey. Ohne diese Erfordernisse, mit welchen wir uns gleich genauer bekannt machen wollen, läſst sich durchaus keine rechtmäſsige Präclusion bey Concursen denken.

Das erste Erforderniſs zu einer solchen rechtmäſsigen Präclusion, wovon hier die Rede ist, ist also die Erlassung einer mit allen gesetzlichen Eigenschaften versehenen Ladung.

Zu den gesetzlichen Eigenschaften einer Ladung bey Concursen gehört:

I. Daſs solche so erlassen werde, daſs die Absicht und der Endzweck, welche dabey zum Grunde liegen, völlig erreicht werden kann. Die Absicht und der Endzweck der bey Concur-

d) Ich folge hier der trefflichen Abhandlung des Herrn *von Trütschler*, *von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger*, Leipzig 1781, §. 8.

ſen durch den Gerichtsbrauch feſt geſetzten Ladung ſind dieſe: daſs allen, welchen daran gelegen iſt, bekannt werde, der Schuldner ſey in Concurs verfallen, um ihre etwa an denſelben oder ſein Vermögen habenden Anſprüche vorbringen zu können. Es ſind hier die oben über die Edictal-Citation vorgetragenen Grundſätze zu vergleichen.

II. Daſs in der Ladung alle diejenigen, welche an den Schuldner aus einem legalen Grunde Anſprüche zu haben vermeinen, [e])
 1. zur Angabe ihrer Forderungen auf einen gewiſſen Termin, [f])
 2. bey Strafe der Ausſchlieſsung von dem gegenwärtigen Concurſe im Falle des Auſsenbleibens

 aufgefordert werden müſſen. [g])

Dies ſind die ausgemachten geſetzlichen Erforderniſſe einer präcluſiviſchen Ladung beym Concurſe. Streitig iſt es übrigens noch, ob die Edictal - Citation mehrmahls erlaſſen oder wiederhohlt werden, ingleichen, was für eine Friſt darin enthalten ſeyn müſſe?

Joh. Gottfr. Schaumburg [h]) iſt der Meinung, daſs die Edictal-Citation entweder drey Mahl wiederhohlt werden, oder doch eine dreyfache Friſt enthalten müſſe. Letzteres wenigſtens hält er darum für völlig ausgemacht, weil die Edictal-Citation eine peremtoriſche Citation ſey, und

e) Die Edictal - Citation ruft alſo nicht bloſs die eigentlichen Concurs-Gläubiger, ſondern fordert ganz allgemein alle diejenigen auf, die an den Schuldner und deſſen Vermögen Anſprüche haben, ſie mögen herrühren, aus welchem Grunde ſie wollen.

f) Andere Puncte, welche man noch in der Ladung gemeiniglich den Vorgeladenen aufzugeben pflegt, z. B. die Pflegung gütlicher Handlungen und Beſtellung eines Bevollmächtigten für die Zukunft, — gehören nicht zu den geſetzlichen Erforderniſſen der Edictal - Citation.

g) Ueber die Einrichtung der Edictal-Citation iſt oben geſprochen worden. Ich merke hier nur noch an, daſs vorzüglich bey der Edictal - Citation der in Concurs verfallene Schuldner genau beſchrieben werden müſſe, damit alle Zweydeutigkeit vermieden werde, und auswärtige Gläubiger ſogleich erkennen können, daſs es derjenige ſey, an welchem ſie etwas zu fordern haben.

h) In *Princip. prax. iur. iudiciar.*, L. 2, C. 8, §. 4. Vergleiche auch *Brunnemann* in *Proceſſ. concurſ. creditor.*, C. 2, §. 3.

eine peremtorische Citation sich nach gemeinem Rechte nicht anders als unter zwey dilatorischen Fristen denken lasse, zu welchen hernach noch eine dritte, nämlich eine peremtorische Frist, hinzu gefügt werden müsste. Hingegen *Mevius* i) nebst andern Rechtslehrern nimmt an, dass nach gemeinen Rechten eine einzige Ladung unter den gesetzlichen Erfordernissen völlig hinlänglich sey.

Ich halte dafür, dass, wenn nicht Landesgesetze etwas anderes verordnen, eine einzige Citation hinlänglich sey, es auch nicht mehrerer Fristen bedürfe, sondern denjenigen, welche an den Schuldner und dessen Vermögen Ansprüche zu haben vermeinen, eine einzige Frist bestimmt werden könne: denn die Edictal-Citation ist hier keine eigentlich peremtorische, sondern nur bloss eine monitorische Ladung, indem sie nur denjenigen, welcher bey dem gegenwärtigen Concurse seine Befriedigung erlangen will, zur Angabe seines Anspruchs auffordert, und in solchem Falle nach dem Gerichtsbrauche immer eine Citation mit einer einzigen Frist hinlänglich ist.

Was die in der Edictal-Citation zu bestimmende Frist selbst betrifft, so dependirt diese zwar von der Willkühr des Richters, wenn nicht besondere Landesgesetze eine bey Citationen überhaupt von dem Richter zu beobachtende Frist vorschreiben; indess muss der Richter auf die besondern Umstände dabey Rücksicht nehmen, und keinen zu nahen Termin präfigiren, weil sonst der Zweck der Ladung nicht erreicht werden würde.

Ein zweytes Erforderniss der Präclusion bey Concursen ist, dass auch der Richter, welcher die präclusivische Ladung erläst, das Recht gehabt haben muss, solche mit der Wirkung ergehen zu lassen, dass derjenige, welcher selbiger nicht gebührende Folge leistet, von der Concurs-Masse völlig ausgeschlossen werden kann. Ich überhebe mich hierbey der Untersuchung, ob überhaupt der Richter befugt sey, jemanden aufzufordern, sein Recht, welches er an einem gewissen Gegenstande zu haben vermeint, binnen einer gewissen Zeit bey Strafe des Verlustes auszuführen, und denjenigen, welcher solches verabsäumt, damit zu präcludiren. Die Gesetze so wohl als der Gerichtsbrauch bestätigen diese richterliche Befugniss zu sehr, als dass sie in Zweifel gezogen werden könnte, und

i) Ad *Ius Lubecense*, P. 3, T. 10, Art. 10, No. 16.

das gemeine Beste erfordert nothwendig, so wie in manchen andern Fällen, also auch hier, eine solche Procedur. Alles, was ich hier zu sagen habe, schränkt sich daher blofs auf die Untersuchung ein, wer bey Concursen derjenige Richter sey, dem das Recht, die präclusivische Ladung mit Nachdruck zu erlassen, zusteht. Es würde nun auf die Frage ankommen, welcher Richter das Recht habe, die präclusivische Ladung zu erlassen. Ich werde aber davon weiter unten in der Lehre vom Concurs - Gerichte handeln, worauf ich die Leser hier verweise.

Das dritte und letzte Erfordernifs der Präclusion besteht darin, dafs von Seiten derjenigen, welche durch die Präclusiv - Ladung zur Angabe ihrer Forderungen an dem Schuldner und dessen Vermögen sind aufgefordert worden, solche unterlassen oder doch nicht auf die gebührende Art bewirkt worden sey. Denn erscheint jemand zwar, und giebt seine Ansprüche an, thut aber solches nicht in rechtlicher Ordnung, so mufs es nach der bekannten Rechtsregel: *Non fieri et non legitime fieri unum idemque est*, so angesehen werden, als wenn er sich gar nicht gemeldet hätte.

Wir haben hierbey einen doppelten Punct zu untersuchen; nämlich: 1. wer bey einem Concurse durch die Präclusiv - Ladung verbunden wird; und 2. wie die Angabe der Forderungen geschehen müsse.

Sehen wir zuvörderst auf diejenigen Personen, welche die bey Concursen gewöhnliche präclusivische Ladung verbindet, so sind solche alle diejenigen, welche an den in Concurs verfallenen Schuldner oder dessen Vermögen aus irgend einem Grunde [k]) Anspruch machen, es möge dieser Anspruch aus einem dinglichen oder persönlichen Rechte herrühren, er möge im erstern Falle aus einem Eigenthums - oder andern dinglichen Rechte, und im letztern Falle aus einer mittelbaren oder unmittelbaren Verbindlichkeit seine Entstehung haben. Eben so kommt auch darauf nichts an, ob solche Forderungen

k) Aus diesem generellen Satze folgt, dafs auch diejenigen Gläubiger zur Angabe ihrer Forderungen durch die Präclusiv - Ladung gezwungen werden, welche beym Concurse das Separations - Recht geniefsen.

bedingt oder unbedingt; [l]) schon gefällig oder nicht gefällig sind; [m]) ob sie jetzt schon oder erst in der Zukunft bey Eintretung gewisser Fälle klagbar gemacht werden können; ob sie bereits klagbar gemacht worden sind [n]) oder nicht; ob sie in Prästationen bestehen, die nur Ein Mahl oder mehrmahls gefordert werden können. [o]) Beantworte ich also die Frage, welche Personen die bey Concursen gewöhnliche präclusivische Ladung verbinde, so allgemein, so versteht es sich doch von selbst, daſs diejenigen Forderungen zur Angabe beym Concurse nicht geeignet sind, in Ansehung deren von dem Richter die Befriedigung nicht erwartet werden kann. Es gehören dahin alle so genannte *Caussae personalissimae*, z. B. Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens, Verbindlichkeiten des Schuldners, welche aus einer *Locatione operarum* u. s. w. herrühren, ob es

l) Dahin gehört, wenn jemanden unter einer Bedingung ein Vermächtniſs hinterlassen, oder im Vertrage etwas zu leisten versprochen worden ist. Kann gleich ein solcher, wenn zur Zeit des ausgebrochenen Concurses die Bedingung noch nicht existirt, nicht auf die Entrichtung selbst klagen, so verbindet ihn doch die präclusivische Ladung, wenn er auf den Fall der eintretenden Bedingung aus der Concurs-Masse seine Forderung vergütet erhalten will, sich deſshalb beym Concurse zu melden. Er kann in solchem Falle auf die Aussetzung eines so groſsen Quantums, als seine dereinstige Forderung, wenn die Bedingung etwa zu seinen Gunsten eintritt, betragen dürfte, mit Recht dringen. Vergleiche *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, §. 4. Da in dem untergestellten Falle nichts darauf ankommen kann, wenn die Bedingung eintreten wird, so scheint mir *von Trützschlers* Behauptung, *a. a. O.*, §. 26, Not. z, sehr richtig zu seyn, nach welcher auch die Ehefrau des Schuldners das ihr auf den Todesfall ihres Ehemannes ausgesetzte Vidualitium ebenfalls mit beym Concurse desselben liquidiren kann.

m) Bey diesem Falle, der sich dem vorigen ganz nähert, muſs es eben so gehalten werden, wie daselbst, (nämlich in der vorhergehenden Note,) angegeben worden ist.

n) Müssen gleich die bey dem Ausbruche des Concurses vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen, wie ich weiter unten zeigen werde, daselbst auch beendigt werden; so müssen dessen ungeachtet doch die Ansprüche, worauf sich diese Rechtsstreitigkeiten begründen, beym Concurs-Gerichte angezeigt werden, und sollte auch wegen der Ungewiſsheit der Gröſse der Forderung nur die Anzeige im Allgemeinen ohne Bestimmung der Gröſse der Forderung geschehen.

o) Dahin gehören unter andern: der Gültgläubiger; derjenige, welcher von dem Schuldner vermöge eines Leibrenten-Contracts gewisse jährliche Alimente zu fordern hatte; ingleichen die Legatarien, welchen *Legata annua* gebühren. Denn haben gleich solche Personen nicht immer nöthig, sich in den Concurs einzumischen, so müssen sie sich doch vermöge der Präclusiv-Ladung beym Concurs-Gerichte melden, indem eines Theils diese Ladung nach ihrer

gleich auch hiervon alsdann wieder eine Ausnahme giebt, wenn eine Entschädigung an Gelde gefordert wird und gefordert werden kann. p)

Aus dem jetzt eben aufgestellten und angenommenen Grundsatze folgt nun, 1. dass vermöge einer eigentlichen Präclusiv - Ladung bey Concursen ein jeder seinen habenden Anspruch dem Concurs - Richter bekannt machen muss, ohne Unterschied, es betreffe derselbe die Person des Schuldners, oder unmittelbar sein Vermögen, oder eine unter demselben sich befindende Sache. Es muss daher auch derjenige, welcher Dienstbarkeiten oder andere Gefälle von den in Concurs gezogenen unbeweglichen Gütern des Schuldners zu fordern hat, nicht nur die rückständigen Präftationen, sondern auch die, welche künftig gefällig werden, und die Gerechtsamen selbst anzeigen, wenn er nicht derselben verlustig werden will; es wäre denn, dass die ergangene Aufforderung bloss an diejenigen gerichtet wäre, welche *ex iure crediti* Ansprüche zu machen haben, q) in welchem Falle es hinlänglich ist, die bereits verfallenen Präftationen anzugeben, indem nur diese als *Credita* anzusehen sind. r).

Hingegen 2. braucht derjenige sich nicht beym Concurse zu melden, welcher zwar an dem Schuldner etwas zu fordern hat, sich aber mit demselben wegen einer Gegenforderung im Compensations - Falle befindet, und sich, wenn er von dem Gütervertreter in Anspruch genommen wird, mit der Ausflucht der Compensation zu schützen denkt, indem durch die Präclusiv-Ladung niemand

eigentlichen Beschaffenheit alle auffordert, welche an den Schuldner und dessen Vermögen aus irgend einem Grunde Anspruch machen, andern Theils für ihre Sicherheit und die Bezahlung der jedesmahligen Entrichtungen gesorgt werden muss.

p) *Leyser Medit. ad Pandect.*, Spec. 490, Med. 4.

q) Da die Präclusiv - Ladung bey Concursen aber, nach der Natur der Sache, nicht so erlassen werden, sondern vielmehr eine allgemeine Aufforderung an alle diejenigen enthalten muss, welche an den Schuldner und dessen Vermögen aus irgend einem rechtmässigen Grunde Ansprüche zu haben vermeinen, so werde ich diesen Fall immer in der Folge bey Bestimmung der Wirkung der Präclusion zum Grunde legen. Man wird im entgegen gesetzten Falle, und wenn etwa die Aufforderung nur an diejenigen ergangen seyn sollte, welche *ex iure crediti* an den Schuldner Ansprüche zu machen haben, sehr leicht zu beurtheilen im Stande seyn, welche Wirkungen alsdann nur mit der Präclusion verbunden seyn können.

r) Vergleiche *von Trützschler a. a. O.*, §. 33, und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

aufgefordert wird, seine Ausflüchte anzugeben. [s]) Rathsam ist solches jedoch alsdann, wenn es irgend zweifelhaft ist, ob auch wohl die Ausflucht der Compensation durchgehen werde; [t]) so wie es auch alsdann nie unterlassen werden darf, wenn die Forderung des compensiren wollenden Gläubigers nicht ganz durch die Compensation aufgehoben wird, sondern diese sich nur über einen Theil der Forderung erstreckt.

Da der Wechselgläubiger nach entstandenem Concurse über des Schuldners Vermögen die Wechselverbindlichkeit nicht mehr in der Masse verfolgen kann, dass ihm aus den Gütern des Schuldners seine Befriedigung gereicht würde, so folgt, dass er sich in den Concurs einlassen muss, wenn er seiner Forderung halber an der vorhandenen Concurs-Masse Antheil nehmen will. Es muss ihm daher auch die Präclusiv-Ladung nachtheilig seyn, wenn er in dem anberaumten Termine sich nicht einfindet und seine Forderung dem Concurs-Gerichte nicht anzeigt. Er kann zwar, wie *Leyser* [u]) annimmt, mit Vernachlässigung der Präclusiv-Ladung auf persönlichen Verhaft des Schuldners dringen; [v]) allein wozu hilft ihm dieses, da er von der Concurs-Masse ausgeschlossen ist? — Und darauf zu hoffen, dass Freunde und nahe Verwandte des Schuldners demselben

s) *Hommel Rhapsod. quaest.*, Obs. 378.

t) Hier darf der Gläubiger die Angabe seiner Forderung darum nicht unterlassen, weil er solche hernach, wenn er etwa mit der Ausflucht der Compensation durchfallen sollte, nicht weiter beym Concurse urgiren kann. Es hindert ihn auch dies, dass er sie beym Concurs-Gerichte meldete, in der Folge nicht, solche zur Compensation vorzuschützen, wenn er von dem Gütervertreter auf das, was er dem Schuldner schuldig war, belangt wird, mithin dient diese geringe Bemühung alle Mahl zu seiner weit grössern Sicherheit.

u) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 490, Med. 5.

v) Ob ein Wechselgläubiger, wenn er seine Forderung beym Concurse liquidirt hat, dessen ungeachtet noch seinen Schuldner nach Wechselrecht belangen könne, ist eine Frage, die mir noch nicht ganz berichtigt zu seyn scheint. Vergleiche *Leyser a. a. O.*; *Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts*, §. 192; *J. E. Ludovici Einleitung zum Wechsel-Prozess*, Kap. 2, §. 15. Nach gemeinem Rechte, glaube ich, kann ihm diese Befugniss nicht, wenigstens so lange nicht, als der Concurs währt, zugesprochen werden; denn die Inhaftirung des Schuldners bey der Wechselverbindlichkeit hat die Erhaltung seiner Befriedigung zum Zwecke, der Wechselgläubiger aber wählt durch die Einlassung in den Concurs einen andern Weg, zu seiner Befriedigung zu gelangen. Erhält er in dem Concurse seine Befriedigung nicht, so muss es ihm freylich frey stehen, sein

unter die Arme greifen, und die Wechselschuld bezahlen werden, w) bleibt alle Mahl eine missliche Sache.

So wie nach diesen Grundsätzen der Wechselgläubiger seine Forderung an dem Schuldner beym Concurs-Gerichte angeben muss, wenn er nicht von der Gütermasse präcludirt werden will, eben so liegt diese Verbindlichkeit dem Faustpfandsgläubiger, oder überhaupt demjenigen auf, der wegen einer Schuldforderung an dem Schuldner an einer demselben zugehörigen Sache das Retentions-Recht hatte. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, x) welche besonders den Faustpfands-Gläubiger von dieser Verbindlichkeit befreyet wissen wollen, weil sie ihm die Fortdauer seiner durch die Uebergabe der verpfändeten Sache erworbenen Befugniss auch nach dem Ausbruche des Concurses zugestehen; allein da ich weiter unten den Ungrund dieser Behauptung zeigen werde, so muss ich auch hier das Princip fest setzen, dass, wenn ein solcher Gläubiger die ergangene Präclusiv-Ladung verabsäumt, solches in Ansehung seiner die Ausschliessung von der gegenwärtigen Concurs-Masse zur Folge habe.

Nach allem diesem kommen wir nun endlich zur Erörterung der Frage, **ob vermöge der Präclusiv-Ladung auch derjenige Gläubiger seine Forderung in dem anberaumten Termine anzuzeigen verbunden sey, welcher dem Concurs-Richter bereits als ein**

Recht nachher gegen den Schuldner so zu verfolgen, als es die Verbindlichkeit desselben mit sich bringt.

w) Dies bildet sich wenigstens *Leyser* ein, wenn er, *a. a. O.*, sagt: *Sed norunt hi, qui in foro versantur, arrestationem debitoris extra concursum non semper vanam esse, sed hoc saepe operari, ut debitor a carcere se liberaturus bona quaedam latitantia indicet proferatque, vel opem amicorum et consanguineorum imploret atque ab his adiutus arrestantibus satisfaciat.*

x) Hierher gehören alle diejenigen Rechtslehrer, welche dem Besitzer des Faustpfandes das Retentions-Recht auch beym Concurse gestatten. *von Trütschler*, der ebenfalls dieser Meinung ist, behauptet daher, *a. a. O.*, S. 62, dass einem Faustpfands-Gläubiger die Präclusion nie im Wege stehen könne, sondern er auch dann noch, wenn die Sache von Gläubigern, die mit einem bessern dinglichen Rechte versehen sind, in Anspruch genommen wird, seine Forderung beym Concurse melden könne. Allein das Irrige dieses Lehrsatzes ergiebt sich schon aus der Allgemeinheit des Grundes der präclusivischen Ladung, welcher auch solche Gläubiger trifft, wenn man auch den Satz annehmen wollte, dass ihm nach dem Ausbruche des Concurses noch das Retentions-Recht zukommen müsste.

Gläubiger des Schuldners bekannt ist. Dies läſst ſich auf mancherley Art denken, z. B. wenn der Gläubiger, ehe noch der Concurs ausbrach, bey dem gegenwärtigen Concurs-Richter ſeine Forderung gegen den Schuldner gerichtlich verfolgte, oder der Schuldner demſelben gerichtlich wegen ſeiner Forderung ein Unterpfand beſtellt, oder endlich der Gläubiger ſogar ſeiner Forderung halber eine Immiſſion erlangt hatte.

von Trütſchler y) iſt der Meinung, daſs ein dem Richter ſchon bekannter Gläubiger von der präcluſiviſchen Ladung nichts zu befürchten habe, wenigſtens in ſo weit nicht, als das Quantum ſeiner Forderung aus den Acten conſtirt. Sein Grund iſt der: weil die Abſicht der Vorladung der Gläubiger bey Concurſen vornehmlich darin beſtehe, daſs die ſämmtlichen Anſprüche an des Schuldners Perſon und Güter zu des Richters Wiſſenſchaft kommen mögen. Allein ich glaube aus Gründen erweiſen zu können, daſs auch dieſe ihre Forderungen nach entſtandenem Concurſe in dem anberaumten Termine dem Concurs-Gerichte anzuzeigen verbunden ſind, wenn ſie nicht von der präcluſiviſchen Ladung Nachtheil empfinden wollen.

Nimmt man nämlich auf den Zweck der präcluſiviſchen Ladung bey Concurſen Rückſicht, ſo iſt dieſer zwiefach: nämlich Ein Mahl der, daſs die ſämmtlichen Anſprüche an des Schuldners Perſon und Güter zu des Richters Wiſſenſchaft kommen mögen; und zweytens der, daſs auch diejenigen, welche gegenwärtig beym Concurſe ihr Recht an dem Schuldner oder deſſen Vermögen verfolgen wollen, ſich dem Richter bekannt machen ſollen. Iſt nun der Anſpruch eines Gläubigers dem Richter bereits bekannt, ſo fällt zwar der erſte Zweck der präcluſiviſchen Ladung weg, keinesweges aber der letztere: mithin muſs aus dieſem Grunde der ſich nicht meldende bekannte Gläubiger davon Nachtheil empfinden; denn alle Mahl bleibt es ja noch ungewiſs, ob auch der dem Concurs-Richter bekannte Gläubiger ſeinen Anſpruch gegenwärtig geltend machen, oder ob er nicht vielleicht eine Verbeſſerung der Umſtände des Schuldners abwarten will, weil er einſieht, daſs er wegen der Unzulänglichkeit der Gütermaſſe und des Vorzugsrechts anderer Gläubiger doch nicht zu dem Seinigen gelangen werde, und daher unnöthige Mühe und Koſtenaufwand ſcheuet.

y) *A. a. O.*, S. 56.

Die gröſste Schwierigkeit ſcheint mir noch die Frage zu haben, ob die präcluſiviſche Ladung bey Concurſen wohl jemanden nachtheilig ſeyn könne, welcher damahls, als ſie erging, noch nichts an dem Schuldner zu fordern hatte, ſondern welchem erſt in der Folge dieſe Anforderung zu Theil wurde. Es leidet nicht den mindeſten Zweifel, daſs ſie ihm nachtheilig ſeyn muſs, wenn er dieſe Forderung cedirt erhielt, und der Cedent der präcluſiviſchen Ladung nicht Genüge geleiſtet hat, indem ſie dem Cedenten nachtheilig war, und folglich auch dem Ceſſionarius nachtheilig ſeyn muſste. Allein davon iſt hier nicht die Rede, ſondern bloſs von dem Falle, wenn eine neue, bisher noch gar nicht vorhandene Forderung allererſt entſtand, da bereits die Wirkung der präcluſiviſchen Ladung eingetreten war, welches ſich ſehr wohl denken läſst.

Ich finde die vorgelegte Frage nirgends beantwortet, ob ich gleich nicht daran zweifle, daſs ſich dergleichen Fälle häufig zugetragen haben und noch zutragen. Meinem Bedünken nach kann die präcluſiviſche Ladung hier nicht entgegen ſtehen, ſondern dieſer neue Gläubiger muſs deſſen ungeachtet noch mit der Anzeige ſeiner Forderung gehört werden. Man würde im Gegentheile die offenbare Ungereimtheit behaupten, daſs die präcluſiviſche Ladung auch jemanden nachtheilig ſeyn könnte, welcher doch derſelben, der Natur der Sache nach, nicht zu genügen im Stande iſt, weil er noch nichts an dem Schuldner zu fordern hatte. Ob überhaupt dieſe nach entſtandenem Concurſe entſtandene Forderung der Befriedigung im Concurſe fähig ſey, iſt eine andere Frage, die aus der Eigenſchaft dieſer Forderung ſelbſt und der Art, wie ſolche entſtanden iſt, beurtheilt werden muſs.

Ich verbinde hiermit, der Aehnlichkeit halber, noch die Unterſuchung einer andern Frage: Wie, wenn ein Gläubiger der präcluſiviſchen Ladung um deſswillen nicht Genüge leiſtet, weil er bereits von dem Schuldner befriedigt war, und nun ihm von den Gläubigern, entweder aus dem Grunde, weil er nach dem Ausbruche des Concurſes, oder, wenn auch vorher, doch durch eine Gratification des Schuldners, ſeine Bezahlung erhalten hat, ſolche wieder abgeſtritten wird, kann ihm da die präcluſiviſche Ladung hinderlich ſeyn, um ſeine Forderung beym Concurſe anzugeben?

Dem erſten Anblicke nach ſcheint es kein Bedenken zu haben, die Frage dahin zu entſcheiden, daſs der Gläubiger noch allerdings mit ſeiner Forderung

gehört werden müsse. — War er doch damahls, als die präclusivische Ladung erlassen wurde, nicht mehr Gläubiger des Schuldners, indem er bereits das Seinige erhalten hatte; und was sollte er also beym Concurse angeben? — Ich setze hier nämlich voraus, dass er damahls noch nicht von der übrigen Gläubigerschaft in Anspruch genommen, oder wenigstens doch noch nicht zur Herausgabe der erhaltenen Zahlung verurtheilt war.

Allein dessen allen ungeachtet glaube ich doch mit *von Trütschler*, z) dass ihm die präclusivische Ladung entgegen stehen müsse: denn da er seine Befriedigung nicht auf eine gültige Art erhalten hatte, so blieb er nach wie vor Gläubiger, und in dieser Qualität war er sich zu melden verbunden, wenn er beym Concurse befriedigt werden wollte. Ob und in wie fern ihm die Restitution zu Statten kommen könne, werde ich unten untersuchen.

So weit von den Erfordernissen zur eigentlichen Präclusion. Nun wollen wir uns auch mit der Untersuchung der beyden wichtigen Fragen beschäftigen: 1. welche Wirkung die eigentliche Präclusion hervor bringe; und 2. welches der Zeitpunct sey, zu welchem diese Präclusion eintritt.

Wenden wir uns zuvörderst zur Beantwortung der Frage: Welche Wirkungen bringt die eigentliche Präclusion bey Concursen hervor? so läst sich hier der allgemeine Grundsatz fest stellen: Die Wirkung der Präclusion bey Concursen kann in nichts anderm als in der Ausschliessung von der Theilnehmung an dem gegenwärtigen Concurse und der Concurs - Masse bestehen, indem im vorliegenden Falle der Richter ein anderes Präjudicium weder androhen noch vollziehen kann. Zwar fehlt es nicht so wohl an ältern a) als neuern Rechtsgelehrten, b) welche den ungereimten Satz behaupten, c) dass durch die Präclusion das ganze Recht des Präcludirten

z) *A. a. O.*, §. 25.

a) Vergleiche *Salgado de Samoza* in *Labyrintho creditor. concurrent.*, P. 1, C. 8, No. 15 folg., und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

b) *Leyser Meditat. ad Pandect.*, Spec. 490, Med. 1.

c) Man beruft sich vorzüglich auf *L. 6 C. de remiss. pignor.*, nach welcher diejenigen Gläubiger, welche ein Pfandrecht an einem Grundstücke, das verkauft werden soll, haben, und öffentlich solches anzuzeigen aufgefordert worden, im Unterlassungsfalle dieses Pfandrechts verlustig erklärt werden. Allein ist denn mit dem Verluste des Pfandrechts auch schon der Verlust der Forde-

erlösche, und ihn die Strafe des ewigen Stillschweigens treffe; allein der Ungrund dieser Behauptung ergiebt sich daraus hinlänglich, weil die Präclusion sich auf die dem Richter bey Concursen verstattete Macht begründet, und demselben daher nicht erlaubt seyn kann, ein grösseres Präjudiz zuzuerkennen, als die Gesetze auf die Unterlassung einer Obliegenheit bestimmt haben. d) Der Gerichtsbrauch entscheidet auch für unsre Behauptung zu sehr, als dass wir solche noch durch mehrere Gründe zu unterstützen nöthig hätten. Ja, es wird nach demselben, wenn auch ausdrücklich von dem Richter erkannt seyn sollte, dass die ausgebliebenen Gläubiger u. s. w. ihrer Forderung für verlustig zu achten, solches doch nur immer von dem jetzigen Concurse verstanden. e) Es läst sich auch auf Seiten des nicht erschienenen Gläubigers keine stillschweigende Verzichtleistung auf seine Forderung annehmen, wenn auch derselbe vorsätzlich sich nicht eingefunden haben sollte, sondern alles, was daraus gefolgert werden kann, ist eine stillschweigende Entsagung der Theilnehmung an der Concurs-Masse.

Kann also gleich nach diesen Grundsätzen ein präcludirter Gläubiger an die constituirte Concurs-Masse keinen Anspruch mehr machen, sondern wächst vielmehr dasjenige Quantum, welches er erhalten haben würde, der Concurs-Masse zu, und kommt den andern Gläubigern zu Gute; so bleibt doch seine Forderung an und für sich selbst bey vollkommener Kraft, und äussert ihre Wirkung so

rung selbst, weswegen dasselbe bestellt war, verbunden? Anderer Gründe bedient sich zwar *Leyser*, a. a. O., die aber so seicht sind, dass es wirklich zu bewundern ist, wie er darauf verfallen konnte. Allein, welche unrichtige Grundsätze haben nicht von je her in der Lehre vom Concurse die falschen Begriffe von den Wirkungen des Concurses hervor gebracht! Es sey mir doch erlaubt, *Leysern* selbst reden zu lassen; zu widerlegen brauche ich ihn nicht. *Ego vero*, sagt er, *cum his sentio, qui creditorem in concursu generaliter praeclusum actiones omnes, etiam personales, amittere dicant. Namque concursus in locum debitoris subintrat, ac personam eius repraesentat, ut adeo, qui ius suum omne in concursu amisit, nihil quoque iuris adversus debitorem retineat.*

d) *von Trütschler*, a. a. O., §. 90.

e) Hieraus ergiebt sich, dass von dem Unterschiede bey der Präclusiv-Ladung nichts zu halten ist, welchen ebenfalls *Leyser*, a. a. O., berücksichtigt wissen will: nämlich ob in der Präclusiv-Ladung sich der Ausdruck befinde: dass die *Creditores*, so sich nicht gemeldet, ihrer Anforderungen gänzlich verlustig, oder aber, dass sie von diesem Concurse gänzlich abzuweisen; denn im erstern Falle geht der Richter weiter als ihm erlaubt ist, handelt folglich nichtig.

wohl gegen andere, als auch ſelbſt gegen den Schuldner. Dieſer letztere Satz bedarf einer weitern Ausführung.

Ich habe erſtens behauptet, daſs die Forderung des Gläubigers ihre Wirkung gegen andere, als den Schuldner, äuſsern könne. Ich verſtehe hier unter andern alle diejenigen, welche eine ſubſidiariſche Verbindlichkeit zur Bezahlung der präcludirten Forderung auf ſich haben, d. h.: alsdann, wenn der Gläubiger ſolche nicht von dem Schuldner ſollte erhalten können. Dahin gehört 1. der Richter, wenn der präcludirte Conſens-Gläubiger auszuführen im Stande iſt' daſs a. wenn er auch gleich ſeine Forderung angezeigt, er doch von dem ihm verſchriebenen Unterpfande nicht hätte bezahlt werden können, und b. ſolches daher rühre, weil der Richter bey der Conſens-Ertheilung betrüglich oder nachläſſig zu Werke gegangen; denn es iſt unſtreitig gewiſs, daſs hier dem Gläubiger eine Entſchädigungsklage gegen den Richter zuſteht. f)

Ferner 2. kann auch die Forderung gegen denjenigen geltend gemacht werden, welcher dafür die Bürgſchaftsleiſtung übernommen hatte. Zwar kann, nach der richtigern Meinung, g) wenn der Schuldner in Concurs verfallen iſt, der Gläubiger nicht gleich gegen den Bürgen klagen, ſondern er iſt ſchuldig, ſich erſt in den Concurs einzulaſſen, und zu erwarten, ob er daher etwas, und wie viel er erhalten werde; allein dieſe ſeine ſonſtige Verbindlichkeit kann hier nun nicht mehr in Betrachtung kommen, wo er von der Concurs-Maſſe präcludirt iſt, mithin alſo ſeine Forderung im Concurſe nicht mehr geltend machen kann. Und zum Vortheile des Bürgen läſst ſich daraus, daſs der Gläubiger ſich präclu-

f) Vergleiche *Kraft*, *a. a. O.*, §. 200, welcher auch aus ſehr triftigen Gründen zeigt, daſs alle Clauſeln, wodurch ſich betrügeriſche oder nachläſſige Richter gegen dieſen Nachtheil zu ſichern ſuchen, ohne Wirkung bleiben müſſen.

g) *Io. Caſp. Heimburg* D. *de iure creditorum facta bonorum ceſſione adverſus tertium competente*, Ienae 1741; *Joh. Gottfr. Schaumburg* in *Princip. prax. iurid. iudiciar.*, L. 2, C. 8, Not. ******. Die ganze Abſicht des Kaiſers *Juſtinian* bey der Einführung des *Beneficii excuſſionis* zeigt ſolches deutlich. Die Rechtslehrer, welche behaupten, daſs der Gläubiger, ohne ſich in den Concurs allererſt einzulaſſen, ſogleich gegen den Bürgen klagen könne, begründen ſich darauf, daſs das *Beneficium excuſſionis* ſogleich wegfallen müſſe, als der Schuldner nicht *ſolvendo* iſt, und dies ſey beym Concurſe immer der Fall. Allein beym Concurſe iſt nur der Schuldner im Ganzen nicht zahlfähig, wohl aber in Rückſicht auf einen einzelnen Gläubiger, voraus geſetzt,

diren liefs, kein rechtmäfsiger Befreyungsgrund hernehmen, wenn auch solches absichtlich geschah. h)

Ist die präcludirte Forderung mit einer Hypothek versehen, und die verpfändete Sache ist vor dem Ausbruche des Concurses veräusert worden, i) so kann auch noch 3. der Gläubiger gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache auf die Abtretung des Pfandstücks klagen, und sich auf diesem Wege zu seiner Forderung verhelfen.

Sehen wir zweytens auf die Wirkung, welche die präcludirte Schuldforderung gegen den Schuldner selbst behält, so ist ein Unterschied zu machen, ob von der Person des Schuldners oder von dessen Gütern die Rede ist.

Was zuvörderst die Person des Schuldners betrifft, so ist es keinem Zweifel unterworfen, dafs die Wirkung der Verbindlichkeit sich nach wie vor gegen dieselbe äufsere. So kann z. B. ein Wechselgläubiger, der präcludirt ist, dennoch gegen den Schuldner auf Arrest dringen, auch sonst ein anderer Gläubiger auf Gefängnifsstrafe, wenn der Schuldner zu der Classe der bösen Ansetzer gerechnet werden kann.

Ist hingegen zweytens von dem Rechte des präcludirten Gläubigers an den Gütern des Schuldners die Rede, so finde ich die Frage, welche Wirkung

wenn dieser von dem Richter einen guten Platz angewiesen erhält.

h) Man möchte hier entgegen setzen, dafs der Gläubiger doch absichtlich seine Befriedigung von dem Schuldner zu erhalten verabsäumt habe, mithin ihm der Regrefs gegen den Bürgen abgesprochen werden müsste, weil dieser nur *in subsidium*, und wenn der Gläubiger nichts von dem Hauptschuldner erhalten könnte, hafte, nicht, wenn der Gläubiger von demselben nichts habe erhalten wollen. Allein dieser Einwurf ist blofs scheinbar, indem die Verbindlichkeit des Bürgen ihrer Natur und Eigenschaft nach sogleich eintritt, als von dem Hauptschuldner nichts mehr erhalten werden kann, ohne dafs man auf die Ursache, warum nicht, Rücksicht nimmt.

Unstreitig gewifs scheint es mir jedoch zu seyn, dafs in diesen Fällen der Bürge noch seinen Regrefs an die Concurs-Masse nehmen, und dafs, was er dem Gläubiger bezahlen müfste, dort liquidiren könne. Die Präclusion des Gläubigers kann ihm nicht entgegen stehen, und auch die Präclusion überhaupt nicht, indem er damahls noch nichts an dem Schuldner zu fordern hatte.

i) Es versteht sich von selbst, dafs die Hypothek wegfällt, so bald das Pfandstück im Concurse ist öffentlich versteigert worden. Auch die Natur der Präclusion ergiebt solches, indem der Gläubiger dadurch von allem Anspruche an die Concurs-Masse ausgeschlossen wird.

die präcludirte Forderung in Ansehung derselben habe, nirgends zu meiner Zufriedenheit beantwortet. Auch selbst *von Trütschler*,[k]) der sich noch am genauesten darüber ausgelassen hat, entscheidet sie nicht aus richtigen Grundsätzen. Er macht zwischen Gütern des Schuldners, welche derselbe nach dem Ausbruche des Concurses erworben hatte, und andern Gütern desselben einen Unterschied. In Ansehung der erstern, glaubt er, sey es ausser Zweifel, dass sich der präcludirte Gläubiger daran halten könne, doch müsse er dem Schuldner das *Beneficium competentiae* gestatten, und hätten über dies die bey dem Concurse nur *in tantum* befriedigten Gläubiger, in Ansehung ihres Deficiens, mit dem präcludirten Gläubiger daran gleiche Rechte; hingegen in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner noch zur Zeit des über ihn verhängten Concurses besass, und doch nicht zur Concurs-Masse gezogen worden waren, müsse man unterscheiden, ob deren Eigenthum bey der Cession auf die Gläubiger übergegangen sey oder nicht. Die letztere Art von Gütern, als: künftige Besoldung, Niessbrauch des weiblichen Vermögens u. s. f., bleibe dem Schuldner völlig eigen, und könne der präcludirte Gläubiger daran keinen Anspruch machen. Hingegen in Ansehung der erstern Art von Gütern müsse weiter unterschieden werden: ob es solche sind, welche der Schuldner verheimlicht hat, und welche also den Gläubigern unbekannt geblieben, und erst von dem präcludirten Gläubiger entdeckt worden sind, oder nicht, sondern zwar den Gläubigern bekannt gewesen, aber von ihnen vernachlässigt worden sind. In Ansehung jener müsse die Verordnung der *L.* 10, §. 16 *D. de his quae in fraud. credit.* eintreten, und könne der präcludirte Gläubiger aus selbigen seine Befriedigung als eine Belohnung seiner Aufmerksamkeit verlangen, wogegen er an diese sich nur dann zu halten das Recht habe, wenn die Gläubiger auf ihr wohlerworbenes Recht an diesen Gütern ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht geleistet hätten.

Eine richtige Beantwortung der vorliegenden Frage läst sich nur alsdann treffen, wenn man zuvor bestimmt hat, was bey einem Concurse zur Concurs-Masse gehört, — und da zeigt sich's denn wieder, wie leicht die Entscheidung werden muss, wenn man von richtigen Grundsätzen ausgegangen ist.

k) *A. a. O.*, Abschn. 2, Abth. 2, §. 44 folg.

Der Umfang der Concurs-Maſſe bey Concurſen muſs einzig und allein aus den durch den Concurs den Gläubigern erworbenen Gerechtſamen, in Hinſicht auf das Vermögen des Schuldners, beurtheilt werden. Alles, was ſie vermöge derſelben zuſammen zu bringen und auf ihre Befriedigung zu verwenden berechtigt ſind, macht die Concurs-Maſſe aus. Dieſe Gerechtſamen der Gläubiger ſind nun, wie ich noch weiter unten zeigen werde, von verſchiedenen Grenzen, je nachdem beym Concurſe entweder die Güterabtretung vorgekommen iſt oder nicht. Im erſtern Falle erſtrecken ſie ſich auf das zur Zeit der geſchehenen Güterabtretung vorhandene ſchuldneriſche baare Vermögen und auf die demſelben damahls zuſtändigen Gerechtſamen, im letztern Falle hingegen nicht nur auf das baare Vermögen, das der Schuldner beym Eintritte des Concurſes hatte, ſondern auch auf das, das ihm bis zur Beendigung des Concurſes erworben wurde, und auf alle ihm bis dahin zuſtehende und erworbene Gerechtſamen. Dies voraus geſetzt, muſs der Inbegriff der Concurs-Maſſe auch verſchieden beſtimmt werden, je nachdem beym Concurſe eine Güterabtretung vorgekommen iſt oder nicht.

I. Wenn beym Concurſe eine Güterabtretung vorgekommen iſt, ſo begreift die Concurs-Maſſe das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene baare Vermögen des Schuldners, ingleichen das welches vermöge der dem Schuldner damahls zuſtändigen Rechte, in ſo fern dieſe auf die Gläubiger übergehen konnten, erworben werden konnte und erworben wurde; hingegen

II. wenn beym Concurſe keine Güterabtretung vorkam, ſo begreift die Concurs-Maſſe nicht nur das zur Zeit des entſtehenden Concurſes vorhandene baare Vermögen des Schuldners, ſondern auch das, welches ihm während des Concurſes erworben wird und durch den Gebrauch der dem Schuldner zuſtändigen Rechte, ſo lange als der Concurs dauert, erworben werden kann.

Dieſem nach läſst ſich nun, wie ich glaube, leicht beſtimmen, welche Wirkung die von der Concurs-Maſſe präcludirte Forderung noch an den Gütern des Schuldners haben kann. Ich will zuerſt den Fall vornehmen, wenn beym Concurſe eine Güterabtretung vorgekommen iſt.

Iſt 1. beym Concurſe eine Güterabtretung vorgekommen, ſo iſt die präcludirte Forderung des Gläubigers an denjenigen Gütern ſogleich wirkſam, die der Schuldner nach der Güterabtretung erworben hat; denn dieſe gehören nicht zur

Concurs-Masse, und kann also die Präclusion sich auch darüber nicht erstrecken, welche blos in einer Ausschliessung von der Concurs-Masse besteht. Hingegen

2. wenn beym Concurse keine Güterabtretung vorgekommen ist, so läſst sich bis zur Endschaft des Concurs-Wesens kein schuldnerisches Vermögen denken, das nicht zur Concurs-Masse gehörte, in so fern solches nur überhaupt wegen der Verbindlichkeit des Schuldners in Anspruch genommen werden kann; mithin kann die präcludirte Forderung nur in Ansehung derjenigen Güter des Schuldners wirksam seyn, welche demselben erst nach Beendigung des Concurses erworben sind.

Was die von dem Schuldner verheimlichten und von dem präcludirten Gläubiger entdeckten Güter des Schuldners betrifft, so gehören diese unstreitig zur Concurs-Masse, und muſs sich daher die Präclusion auch darauf erstrecken. Dem präcludirten Gläubiger daran ein Recht zur Belohnung seiner Aufmerksamkeit zugestehen zu wollen, gehört ohne gesetzliche Unterstützung zu den offenbarsten Ungereimtheiten. [1]) Und die *L.* 10, §. 16 *D. de his quae in fraud. creditor.*, welche man zum Beweise des Gegentheils anführt, beweiset nicht das Geringste.

Nun noch zur Beantwortung der Frage: Welche Wirkungen hat die präcludirte Forderung des Gläubigers in Ansehung derjenigen Vermögensstücke des Schuldners, welche von den andern Gläubigern sind ausgelassen worden? Diese setzt aber die Berichtigung einer

1) Leyser, in *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 489, Med. 10, der auf jenen Satz als auf etwas überaus wichtiges aufmerksam macht, weiſs ihn nicht anders als durch ein Beyspiel zu bestärken, welches er einmahl auf einer Academie erlebt zu haben sich erinnert. *Studiosus quidam*, sagt er, *obaeratus reculas suas clam exportarat, et in amici aedibus absconderat. Odoratur hoc quidam ex chirographariis, cui in concursu nihil sperandum erat, investigat res occultatas, in lucem protrahit, atque in iudicium defert. Re comperta confluunt caeteri creditores, laudant sedulitatem consortis sui, ipsum tamen ad infimum locum detrudere, hoc est, excludere, conantur. Inprimis hospes, qui conclave fugitivo locarat, ius pignoris urget. At Senatus academicus res servatas ei, qui illas servarat, addixit.* Ich freue mich zwar herzlich, daſs dies kein Urtheil eines Landesgerichts oder Spruch-Collegiums ist, allein ich finde mich auch noch dazu nicht geneigt, es für ein Urtheil eines *Senatus academici* zu halten. Ohne Zweifel ist diese Entscheidung das Resultat einer einmahl verunglückten Prorector-Justiz.

andern Frage voraus, nämlich, welche Güter des Schuldners als beym Concurse ausgelassene Güter angesehen werden können.

Ausgelassene Güter beym Concurse nenne ich alle solche Vermögensstücke des Schuldners, in Ansehung deren die Concurs-Gläubiger zu erkennen gegeben haben, dass sie solche zu ihrer Befriedigung nicht zuziehen wollen. Dieser Fall tritt gemeiniglich bey *Activis* ein, an deren Exigibilität man zweifelt, oder die auch erst an entfernten Orten durch Prozesse eingetrieben werden müssen, welche die Gläubiger scheuen, und daher lieber solche gar nicht zur Concurs-Masse ziehen wollen.

Aus dem Begriffe, welchen ich von ausgelassenen Gütern beym Concurse gegeben habe, folgt, dass dabey alles auf die Erklärung der Gläubiger ankommt, und ob diese den ihnen durch den Concurs an diesen schuldnerischen Vermögensstücken erworbenen Gerechtsamen entsagt haben. Diese Erklärung kann so wohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen. Das erstere ergiebt sich von selbst, und dürfen wir daher nur dem letztern unsre Betrachtung widmen.

Stillschweigend geschieht eine solche Erklärung, wenn die Gläubiger während des Concurses nicht auf die Beytreibung Bedacht nehmen, also dadurch zu erkennen geben, dass sie die Sache nicht als einen Theil der Concurs-Masse angesehen wissen wollen. So wenig auch diesem Satze die Richtigkeit streitig gemacht werden kann, so schwer ist es jedoch, in vorkommenden Fällen auszumitteln, ob die Gläubiger wirklich Verzicht geleistet haben, oder ob nicht vielmehr die Beytreibung um desswillen unterlassen worden ist, weil ihnen vielleicht solche vor der Hand entweder schwer zu bewirken, oder wohl gar unmöglich schien. Eine Vermuthung solcher stillschweigenden Erklärung entsteht vorzüglich daraus, wenn solche Güter in dem Distributions-Bescheide ganz sind übergangen worden. [m])

m) Ich sage, eine Vermuthung der stillschweigenden Erklärung entsteht hieraus, — nicht, wie *von Trütschler*, *a. a. O.*, §. 50, behauptet, eine völlige Gewissheit. Eine andere Frage ist jedoch, ob nicht solche schuldnerische Güter, deren Beytreibung von den Gläubigern unterlassen worden ist, durch die Beendigung des Concurs-Wesens von der Theilnahme an dem Bestande der Concurs-Masse ausgeschlossen werden; und diese glaube ich mit allem Rechte bejahen zu können, es wäre denn,

Wenden wir uns, nach Voraussendung dieses, nunmehr zu der Frage, welche Wirkung die präcludirte Forderung eines Gläubigers in Ansehung solcher ausgelassenen schuldnerischen Güter habe; so läst sich allerdings behaupten, dass sich der Gläubiger an sie halten und daraus seine Befriedigung begehren könne: denn die Ausschliessung, welche ihn betroffen hatte, erstreckte sich bloss auf die Concurs-Masse; die ausgelassenen schuldnerischen Güter können aber nicht als ein Theil derselben angesehen werden, mithin muss in Ansehung ihrer eben das gelten, was in Hinsicht auf das nach dem Ausbruche des Concurses von dem Schuldner neu erworbene Vermögen gilt.

Zum Beschlusse will ich noch ganz kurz davon handeln, auf wie vielerley Art und Weise der von der Concurs-Masse mit seiner Forderung präcludirte Gläubiger solche doch noch verfolgen kann.

Haben 1. die Gläubiger ausdrücklich erklärt, dass sie etwas von des Schuldners Gütern nicht zur Concurs-Masse ziehen wollen, welcher Fall sich schwerlich anders, als bey *Activis* des Schuldners, an deren Exigibilität man zweifelt, zutragen wird; so kann der präcludirte Gläubiger auch noch während des Concurses diejenige Klage besonders gegen den Schuldner anstellen, welche aus der Forderung entspringt, solche bis zur Execution betreiben, die ausgelassenen Güter als Executions-Gegenstand angeben, und den Richter dahin angehen, dass ihm solche zu seiner Befriedigung eingeräumt werden. [n]) Hätte die Novelle 135 ein Ansehen in den Gerichten, so würde es dem Gläubiger erlaubt seyn, gegen den Schuldner des Schuldners *utiliter* diejenige Personal-Klage anzustellen, welche diesem zuständig war; allein so ist er dazu nicht befugt, [o]) es wäre denn, dass ihm der Schuldner selbst oder auch der Richter diese Forderung anwiese. [p])

Ist 2. beym Concurse eine Güterabtretung vorgekommen, und hat der Schuldner gleich nach der Güterabtretung wieder etwas erworben, so kann eben-

dass in dem Distributions-Abschiede den Gläubigern, welche aus der vorhandenen Baarschaft nicht befriedigt werden konnten, daran besonders ein Regress vorbehalten wäre.

n) *von Trütschler a. a. O.*, §. 53.

o) *Iac. Born de actione, quae creditori adversus debitorem debitoris competit.* Lips. 1704.

p) *Henr. Godofr. Mumhard L. S. de praecipuis speciebus, quibus debitoris debitores conveniri possunt*, Helmst. 1792, §. 1 seq.

falls der präcludirte Gläubiger, wenn auch gleich der Concurs noch im vollen Gange seyn sollte, die ihm zustehende Klage gegen den Schuldner anstellen, und aus diesem neu erworbenen Vermögen die Befriedigung verlangen, wobey jedoch die Verordnung der *L. 6 D. de ceff. bonorum* nicht aus der Acht gelassen werden darf.

Ist 3. dem präcludirten Gläubiger wegen seiner Forderung von einem Dritten ein Pfandrecht verwilligt worden, so hilft er sich dadurch am geschwindesten, daſs er gegen diesen die hypothekarische Klage anstellt, und auf die Abtretung des Pfandstücks dringt, um sich daraus zu befriedigen. Und eben diese Befugniſs steht ihm auch alsdann zu, wenn der Schuldner ihm eine Sache verpfändet und solche vor dem Ausbruche des Concurses gültig auf einen Dritten übergetragen hatte. q)

Wenn 4. beym Concurse so wenig eine Güterabtretung vorgefallen ist, als von den Gläubigern Sachen, die dem Schuldner gehören, sind ausgelassen worden, auch der präcludirte Gläubiger sich nicht in dem No. 3 bemerkten Zustande befindet, so muſs er wegen seiner Forderung das Ende des Concurses abwarten. Bleibt hier von dem Vermögen des Schuldners etwas übrig, was als ausgelassenes Gut angesehen werden mag, so kann er sich daran halten, sonst aber muſs er den Zeitpunct abwarten, zu welchem der Schuldner so wieder zu Kräften gekommen ist, daſs er ihn ohne seinen grossen Nachtheil befriedigen kann, indem auch hier die Verordnung der *L. 6 D. de ceff. bonor.* analogisch angewendet werden kann. r)

Wir schreiten nun zur Erörterung der zweyten Frage, welches der Zeitpunct sey, in welchem die Präclusion eintritt oder die Wirkungen der Präclusion ihren Anfang nehmen; über welche die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt sind. *David Mevius,* s) *Wilhelm Leyser,* t) *Hert,* u) *Brunne-*

q) Befindet sich das Pfandstück noch unter des Schuldners Gütern, so gehört es zur Concurs-Masse, und ist der Gläubiger wegen der Präclusion auch seines Pfandrechts verlustig.

r) Vergleiche das *fünfte Kapitel.*

s) Ad *Ius Lubecense*, L. 1, Tit. 3, Art. 1, No. 168. Jedoch ist dieser Rechtslehrer in seiner Behauptung sehr schwankend, wie aus seiner *Disc. levam. inop. debitor.*, C. 3, No. 130, zu ersehen ist.

t) In D. *de concursu et graduat. creditor.*, C. 1, Th. 5, Not. c.

u) In *Opusc.*, Vol. II, Dec. 917, No. 2 seq.

mann, v) *Gottfried Reinhold Köſel,* w) und andere Rechtslehrer mehr, x) behaupten, daſs der Eintritt der Präcluſion ſogleich mit dem Ablaufe des Liquidations - Termins erfolge, mithin durch den bloſsen Ablauf des Liquidations - Termins das Recht des Gläubigers, an der Concurs - Maſſe Theil zu nehmen, erlöſche. Sie berufen ſich theils auf die Natur und Eigenſchaft der Präcluſiv - Ladung bey Concurſen, theils auf die Analogie anderer ähnlichen Ladungen, wo ebenfalls das Recht des Geladenen nach dem Ablaufe des feſt geſetzten Termins erlöſche, wobey ſie insbeſondere von der in der *L.* 6 und 8 *C. de remiſſ. pignorum* enthaltenen Verordnung Gebrauch machen. Hingegen *Salgado de Samoza,* y) *Richter,* z) *Lauterbach,* a) *Voet,* b) *Berger* c) und andere ſo wohl ältere d) als neuere Rechtslehrer e) nehmen an, daſs durch den Ablauf des Liquidations - Termins allein die Präcluſion von der Concurs - Maſſe nicht bewirkt werden könne, ſondern dieſe erſt durch ein Ausſchlieſsungserkenntniſs, welches entweder beſonders ertheilt, oder der Locations Sentenz angehängt werden könnte, herbey gebracht werden müſſe.

Da die Frage in den gemeinen Rechten nicht entſchieden iſt, und beyde Theile ſich auf den Gerichtsbrauch berufen, f) der doch nur Eine Meinung begünſtigen kann, ſo muſs ſolche aus der Natur der Sache und aus dem Begriffe der Präcluſion entſchieden werden. Dieſem zu Folge aber iſt nichts ausgemachter, als daſs die Wirkung der Präcluſion ſogleich mit dem Ablaufe des Liqui-

v) In *Conc. creditor.*, C. 3, §. 11.

w) In D. *ſolam citationem edictalem legitime factam ad creditorum ignotorum praecluſionem ſufficere.* Vitemb. 1724.

x) Siehe *Georg Henric. Ayrer* D. *de poena praecluſionis in concurſibus creditorum,* Götting. 1734, §. IV.

y) In *Labyr. creditor. concurrent.*, C. 8, No. 19 ſeq.

z) In *Tr. de privilegiis creditorum*, C. 1, M. 1. No. 41 ſeq.

a) In *Collect. nov. conſ. Tubing.*, Conſ. 47, No. 79.

b) *Comm. ad D. Tit. ex quib. cauſſ. maior.*, No. 11.

c) In *Oeconom. iuris*, L. IV, Tit. 31, §. 1, Not. 7.

d) Vergleiche *Salgado de Samoza a. a. O.*

e) Siehe *Ayrer a. a. O.*

f) Siehe *Ayrer a. a. O.* und *Schaumburg* in *Princip. prax. iurid. iudiciar.*, L. 2, C. 8, Not ******. *Ayrer* ſelbſt hat zwar die Gründe und Gegengründe weitläuftig aus einander geſetzt, ſich aber über den eigentlichen Streitpunct nicht deutlich erklärt.

dations-Termins *ipso iure* eintritt, indem dies die Natur und Eigenschaft der präclusivischen Ladung bey Concursen ergiebt. Sehr richtig urtheilt *von Trütschler* g) über diesen Punct, indem er einen Unterschied macht zwischen der Zeit, zu der die Strafe der Präclusion verwirkt, und der, zu welcher man in solche verurtheilt wird. Ersteres geschicht sogleich mit dem Ablaufe des Liquidations-Termins, letzteres hingegen allererst durch ein Ausschliessungserkenntniss, welches entweder besonders bald nach dem Ablaufe des Liquidations-Termins, oder als ein Anhang der Locations-Sentenz mit derselben publicirt wird.

So bald also der in der präclusivischen Ladung anberaumte Liquidations-Termin verflossen ist, tritt die Wirkung der angedroheten Präclusion ein, und kann nun niemand mehr an die Concurs-Masse Anspruch machen. Jedoch versteht sich alles dieses unter der Einschränkung, wenn die Ladung auf die gehörige Art, und so, wie ich oben ausgeführt habe, erlassen ist: denn hat die Ladung einen Fehler, wohin auch die unterlassene Androhung der Ausschliessung von der Concurs-Masse gehört, so läfst sich freylich der Eintritt der Präclusion nicht denken, weil keine richterliche Erklärung der Ausschliessung vorhanden ist, worin doch die ganze Präclusion besteht.

Die Gründe, deren sich diejenigen Rechtslehrer, die behaupten, dass die Präclusion durch ein besonderes richterliches Präclusions-Decret allererst herbey gebracht werden müsse, bedienen, sind auch wirklich zu seicht, als dass auf sie Rücksicht genommen werden könnte. Sie berufen sich nämlich eines Theils darauf, dass es doch alle Mahl sehr hart seyn würde, wenn die unbekannten Gläubiger durch den blossen Ablauf des in der Edictal-Citation bestimmten Liquidations-Termins der Theilnahme an der Concurs-Masse verlustig gehen sollten; andern Theils darauf, dass in andern ähnlichen Fällen der Ablauf eines anberaumten Termins nicht *ipso iure* von dem Rechte, dessen Ausführung darin aufgegeben worden ist, ausschliesse, z. B. beym Diffamations-Prozesse, wo der Diffamant noch nach abgelaufenem Termine, und so lange, als ihm durch eine Sentenz noch kein ewiges Stillschweigen auferlegt worden ist, mit der Ausführung seiner Diffamation gehört werden müsse. Hierzu, sagen sie, komme noch, dass, so lange noch nicht eine präclusivische Sentenz erlassen worden sey, alles sich

g) In der *Lehre von der Präclusion der Gläubiger*, Abschn. 2, Abth. 2, §. 4, Not. 3.

in dem vorigen Zuſtande befinde, auch ſelbſt nach der deutlichen Entſcheidung des Kaiſers *Juſtinian* in der *L.* 10 *C. de bonis auctoritate iud. poſſ. ſ. venundand.* der bloſse Ablauf eines peremtoriſchen Termins, nicht das in demſelben auszuführende Recht vernichte. h)

Allein hierauf läſst ſich antworten: 1. daſs durch die Präcluſion noch nicht durchaus immer das Recht, an der Concurs-Maſſe Antheil zu nehmen, verloren gehe, indem auch dagegen, wie ich hernach zeigen werde, Reſtitution erlangt werden kann; 2. daſs von andern Fällen auf das Concurs-Weſen kein Schluſs gemacht werden könne, deſſen geſchwinde und ſummariſche Behandlung ja ausdrücklich in den Geſetzen angeordnet iſt; 3. daſs bey der Präcluſion beym Concurſe ja alles auf die richterliche Erklärung ankomme, die nach den obigen Grundſätzen deutlich in der Edictal-Citation enthalten iſt, mithin man doch unmöglich ſagen könne, daſs noch *Res integra* ſey; und was endlich 4. *L.* 10 *C. de bon. auctor. iud. poſſ. ſ. venund.* betrifft, ſo iſt darin von keiner präcluſiviſchen Ladung die Rede, mithin davon keine directe Anwendung zu machen. Will man aber die Dispoſition dieſes Geſetzes analogiſch anwenden, ſo unterſtützt ſie gerade unſre Behauptung. *Juſtinian* beſtimmt hier, wenn einige Gläubiger die Immiſſion bereits erhalten haben, den übrigen eine gewiſſe Friſt, binnen welcher ſie auch darum nachſuchen ſollen, und fügt nun hinzu: *Poſt completum autem memoratum tempus nullam eis eſſe licentiam, eos, qui poſſeſſionem adepti ſunt, moleſtare, vel aliquibus damnis afficere, actiones autem, quas ex legibus ſibi competere putaverint, contra ſuos exercere debitores.*

Wir haben bisher von der Beſchaffenheit und den Wirkungen der eigentlichen Präcluſion beym Concurſe gehandelt; jetzt wollen wir auch unterſuchen, welcher Rechtsmittel ſich der Präcludirte bedienen kann, um entweder die Wirkung der Präcluſion von ſich abzuwenden, oder ſich doch gegen den dadurch erlittenen Nachtheil zu helfen.

Was zuvörderſt die Rechtsmittel betrifft, welche darauf abzwecken, die Wirkung der Präcluſion von ſich abzuwenden, ſo gehören dahin:

h) Weitläuftig findet man dieſe Gründe bey *Ayrer*, *a. a. O.*, Seite 56 folg., ausgeführt.

A. die Nullitäts - Querel i) und
B. das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wenden wir uns zuerst zu der Nullitäts - Querel, so kann sich dieser der von der Concurs-Masse Präcludirte so oft bedienen, als der Richter einen unheilbaren Fehler bey der präclusivischen Ladung begangen hat, z. B. bey der Bekanntmachung der Edictalien, oder durch Verkürzung des in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Zeitraums, u. s. f. Behauptet der Präcludirte mit dieser Klage den Platz, so muss er zur Liquidation seiner Forderung noch zugelassen, und auf ihn bey der Locations-Sentenz Rücksicht genommen werden. Ja, sollte diese bereits angefertigt seyn, so muss sie wieder abgeändert, und er an die Stelle gesetzt werden, welche ihm vermöge seiner Forderung gebührt.

Was zweytens das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrifft, so ist solches, so wie in manchen andern Fällen, also auch hier beym Concurse, von grossem Nutzen. Der gewöhnliche Begriff dieses Rechtsmittels läst sich auch hier mit der gehörigen Modification anwenden. Man versteht nämlich darunter einen Anruf des Präcludirten, dass in Ansehung seiner Forderung der Concurs in denjenigen Zustand zurück gebracht werden möge, in welchem er sich zur Zeit des Liquidations-Termins befand. k) Uebrigens treten bey diesem Rechtsmittel im Concurse eben die Grundsätze ein, wel-

i) *von Trütschler*, in *der Lehre von der Präclusion beym Concurse*, Abschn. 2, Abth. 3, §. 7 und 10, nimmt ausser der Nullitäts Querel noch andere Rechtsmittel an. Er unterscheidet nämlich: ob bereits eine richterliche Verfügung der Präclusion halber bey den Acten vorhanden ist, oder noch nicht. Im erstern Falle nimmt er an, dass alle diejenigen Suspensiv-Mittel gebraucht werden können, die beym Concurs - Gerichte zugelassen sind, voraus gesetzt, dass die Verfügung noch nicht in Rechtskraft übergegangen ist. Im letztern Falle hingegen, behauptet er, könnten, der Natur der Sache nach, solche Mittel nicht Statt finden, weil hier keine wirkliche Sentenz vorhanden sey, sondern hier müsse der Präcludirte seiner Mitgläubiger Einwilligung zu der Zulassung seines *Liquidi* zu erhalten suchen, oder zur Restitution seine Zuflucht nehmen — Da ich oben erwiesen zu haben glauben kann, dass der Eintritt der Präclusion mit dem Ablaufe des Liquidations-Termins erfolge, und nicht erst von einer anderweitigen richterlichen Erklärung abhängig sey, so kann ich dieser Behauptung nicht meinen Beyfall geben.

k) *Ayrer a. a. O.*, S. 64 folg.; *von Trütschler a. a. O.*, §. 12.

che von demselben überhaupt gelten. Es kann daher dasselbe 1. nur subsidiarisch gebraucht werden, nämlich wenn kein anderes Rechtsmittel zur Abwendung der Verletzung vorhanden ist. Ferner 2. setzt es die Erstattung der Kosten jedes Mahl voraus. Wird die Restitution noch vor der Anfertigung des Locations-Urtels gesucht, so hat der Implorant bloss die Kosten desjenigen Termins zu tragen, der nun besonders zur Liquidation seiner Forderung anberaumt wird, ingleichen diejenigen, welche die Verhandlung dieserwegen mit dem Contradictor oder der Gläubigerschaft erfordert; hingegen, wenn nach Anfertigung des Locations-Urtels allererst darum gebeten wird, so muss der Implorant auch die Kosten erstatten, welche zur Anfertigung einer neuen Locations-Sentenz sind aufgewendet worden 3. Diese Restitution kann so wenig vom Richter unangerufen und *ex officio*, als ohne die andern Gläubiger zu hören, ertheilt werden, indem diesen noch dadurch alle Mahl wohlerworbene Rechte entzogen werden, es wäre denn, was den letztern Punct betrifft, dass jemand diese Rechtswohlthat wegen seiner besondern persönlichen Eigenschaft nachsuchte, wo alsdann eine so genannte *Restitutio brevi manu* zu erfolgen pflegt und sich auch sehr gut vertheidigen läſst. [l])

Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey Concursen steht einem jeden zu, welcher durch die Präclusion in Schaden gekommen ist. Solche Personen, welche sich dieses Rechtsmittels lediglich aus dem Grunde, weil sie verletzt sind, bedienen können, haben auch hier weiter nichts als ihre Verletzung zu erweisen; andere hingegen müssen sich auf eine rechtmässige Ursache berufen, und solche beweisen können, wenn sie zum Genusse dieser Rechtswohlthat zugelassen werden wollen. Ueberhaupt kann man in Ansehung der letztern hier füglich behaupten, dass dem Präcludirten so oft die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen müsse, als er ohne sein Verschulden die Präclusion erlitten hat. So wie diese Behauptung durch die allgemeinsten Grundsätze von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unterstützt wird, [m]) eben so steht ihr auch der Gerichtsbrauch zur

l) *Wolffg. Ad. Schöpff* Tractat. *de processu unilaterali cum primis contumaciali*, p. 274; *Adam Frid. Reinhardt de restitutione in integrum, quae fit brevi manu*, Bützow 1778; *Schaumburg Princ. prax. iur. iud.*, L. 2, C. 8, §. 19.

m) L. 7, §. 1 *D. de in integr. restitut.*: — *etenim deceptis sine culpa sua* —

Seite, nach welchem nirgends leichter, als gegen den Ablauf der Fatalien, dieses Rechtsmittel verstattet wird. [n])

Wenn das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beym Concurse mit Nachdruck gebraucht, und die Wirkung der Präclusion dadurch abgewendet werden soll, so muss es zu einer Zeit nachgesucht werden, da es noch möglich ist, dass alles wieder in den Zustand versetzt werden kann, in welchem es sich zu der Zeit des Liquidations-Termins befand, das heisst: da es noch möglich ist, den Präcludirten mit seiner Forderung zu hören, die Einreden der Mitgläubiger zu erörtern, und der Forderung, entweder durch Anweisung der gebührenden Stelle im Concurse oder sonst, abhelfliche Masse zu verschaffen. So ausgemacht gewiss es ist, dass das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor der Abfassung und Einhohlung des Locations-Urtels mit voller Wirkung eingewandt werden kann, eben so wenig ist die Einwendung derselben einem Zweifel unterworfen, wenn sie auch erst nach der Anfertigung, und auch wohl gar der Publication des Graduations-Erkenntnisses geschehen seyn sollte, weil auch hier noch alles in den vorigen Stand zurück gebracht werden kann. [o]) Ist hingegen die Concurs-Masse bereits unter die Gläubiger vertheilt, so findet, der Natur der Sache nach, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zwar nicht in so fern Statt, dass das Concurs-Wesen von neuem angefangen und die Masse vertheilt werden könne: ob aber nicht die Restitution doch, und mit der Wirkung ertheilt werden könne, dass der restituirte Gläubiger sein Recht gegen seine bezahlten Mitgläubiger in der

succurri oportebit. Vorzüglich würde wohl hierher gehören, wenn die Edictal-Citation nicht zur Kenntnifs des Präcludirten gelangt seyn, oder auch dessen Sachwald einen Fehler begangen haben sollte.

n) *Ayrer a. a. O.*, S. 67.

o) *Ayrer a. a. O.; von Trützschler a. a. O.*, §. 24; *Lauterbach Collegium theoret.-pract.*, L. XLII, T. V, §. 23. Dieser letztere Rechtslehrer erfordert zwar besonders alsdann, wenn die Graduations Sentenz schon in Rechtskraft übergegangen seyn sollte, eine *Caussam gravem* zur Restitution, erklärt sich aber darüber nicht deutlich. Und was soll auch hier die *Caussa gravis?* Wird überhaupt durch den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das aus der Präclusion erworbene Recht der andern Gläubiger aufgehoben, warum nicht eben so gut das aus der Graduations-Sentenz erworbene Recht, ohne dass dazu noch eine besonders wichtige Ursache vonnöthen wäre?

Maſse geltend zu machen befugt ſey, daſs er das Quantum ſeiner Forderung entweder ganz oder zum Theil von denjenigen zurück fordert, welche nicht bezahlt worden wären, wenn ſeine Forderung vor der Vertheilung der Gütermaſſe dem Richter bekannt geweſen wäre; — iſt eine andere Frage, mit deren Unterſuchung wir uns jetzt ausführlicher beſchäftigen wollen.

Leyſer p) ſcheint zwar nicht in Abrede zu ſeyn, daſs das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand dem Präcludirten, wenn nur ſonſt eine rechtmäſsige Urſache dazu vorhanden iſt, auch dann noch angedeihen könne, wenn gleich ſchon die Concurs-Maſſe unter die Gläubiger vertheilt iſt, welche ihre Forderungen beym Concurſe angegeben haben; allein er läugnet, daſs dieſe Rechtswohlthat dem Präcludirten jetzt noch vortheilhaft ſeyn könne, indem eine neue Vertheilung nicht mehr unternommen werden könne, auch dem Präcludirten und jetzt Reſtituirten keine Klage gegen die andern Gläubiger, die zur Perception gekommen ſind, zuſtändig ſey. Er beruft ſich, zur Beſtärkung der letztern Behauptung, auf *L. 44 D. de condict. indebiti*, und *L. 1*, §. 12 *D. de ſeparat.* Die erſte *Lex* iſt aus *Paulus L. XIV ad Plautium*, und es heiſst darin: *Repetitio nulla eſt, ab eo, qui ſuum recepit, tametſi ab alio, quam vero debitore ſolutum eſt.* Die andere iſt aus *Ulpians Lib. LXIV ad Edictum*, und lautet folgender Geſtalt: *Praeterea ſciendum eſt, poſteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſeparationem: confuſis enim bonis et unitis, ſeparatio impetrari non poterit.* Auf das letztere Geſetz ſcheint ſelbſt *Leyſer* nicht viel zu bauen, indem er es nur analogiſch angewendet wiſſen will; dem erſtern hingegen legt er volle Beweiskraft ſeiner Behauptung bey.

David Georg Struben, q) *Carl Friedrich Walch*, r) *Johann Auguſt Reichardt* s) und *von Trützſchler* t) hingegen geſtatten dem Präcludirten auch nach der Vertheilung des ſchuldneriſchen Vermögens unter die Gläubiger nicht nur den Gebrauch der Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, wenn nur ſonſt eine zu Recht beſtändige Urſache

p) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 590, Med. 1.

q) *Rechtl. Bedenken*, Th. 1, S. 170.

r) In *Introd. in controverſ. iur. civilis*, Edit. nov., Sect. 4, Cap. 3, Membr. 2, §. 31.

s) In *Notis ad Schaumburgi Princ. prax. iur. iudic.*, L. 2, C. 8, §. 19, Not. ****.

t) *A. a. O.*, §. 26.

vorhanden ist, sondern sie wollen auch demselben nach erlangter Restitution eine Klage gegen die Gläubiger, welche zu seinem Nachtheile etwas erhalten haben, auf Mittheilung verstattet wissen. Sie begründen sich nicht nur auf die natürliche Billigkeit bey ihrer Behauptung, sondern auch auf die Verordnung der Gesetze. Vorzüglich werden von ihnen *L.* 19, §. 1 *D. de condict. indebiti* und *L.* 32 *D. de reb. credit.* als Beweisstellen angezogen.

Es ist unstreitig gewifs, dafs dem Präcludirten, auch nachdem die Gütermasse bereits unter die Gläubiger vertheilt worden ist, nicht nur der Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn nur sonst eine rechtmäfsige Ursache dazu vorhanden war, gestattet werden mufs, sondern derselbe auch von denjenigen Gläubigern, welche, wenn er dem Richter eher bekannt gewesen wäre, nicht würden haben bezahlt werden können, die erhaltene Zahlung entweder ganz oder zum Theil zurück fordern könne. Es wird nicht schwer, beyde Sätze mit wenig Worten zu erweisen, so bald man nur von richtigen Principien ausgeht.

Was zuvörderst den Satz betrifft, dafs dem Präcludirten, auch noch nach Vertheilung der Gütermasse unter die Gläubiger, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen müsse, so läfst sich dieser sehr leicht aus den allgemeinen Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand darthun. Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nämlich bekannter Mafsen, wenn nur sonst eine rechtmäfsige Ursache dazu vorhanden ist, so oft gebraucht werden, als es noch möglich ist, dafs in Ansehung des Verletzten die Sache in den vorigen Zustand und so zurück gebracht werden kann, dafs er von der erlittenen Verletzung geheilt wird. Dies ist aber in Ansehung des Präcludirten hier der Fall; mithin, da die Restitution bey Concursen sich nach den Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt richtet, so mufs auch davon dasjenige gelten, was von jenem gilt. Ist gleich die Concurs-Masse unter die Gläubiger bereits vertheilt und das Concurs-Wesen beendigt, und kann gleich keine neue Classification und Vertheilung mehr vorgenommen werden, so schliefst doch alles dieses noch nicht die Möglichkeit aus, dafs der Präcludirte zu dem Seinigen gelangen kann; denn die Masse ist doch noch in den Händen der Gläubiger vorhanden, und es läfst sich, wenn man seine Forderung mit den For-

derungen der befriedigten Gläubiger zusammen hält, noch immer ganz gut bestimmen, welchen Platz derselbe hätte erhalten müssen, wenn er sich vor der Anfertigung der Graduations-Sentenz gemeldet hätte, und welcher befriedigte Gläubiger demselben hätte nachstehen müssen. Kann also die Verletzung des Gläubigers, der präcludirt ist, noch gehoben werden, so ist auch kein Grund abzusehen, warum man ihm den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigern wollte.

Was zweytens den Satz betrifft, daſs der präcludirte und in den vorigen Stand eingesetzte Gläubiger von den Gläubigern, welche, wenn er bey der Vertheilung der Concurs-Masse bekannt gewesen wäre, nichts würden erhalten haben, die erhaltene Zahlung entweder ganz oder zum Theil zurück fordern könne, so erfordert auch dieser keinen schweren Beweis. Die Gläubiger, welche beym Concurse ihre Bezahlung erhalten haben, gleichwohl aber solche nicht würden haben erhalten können, wenn der präcludirte Gläubiger dem Concurs-Richter damahls bekannt gewesen wäre, sind jetzt, da der Präcludirte in den vorigen Stand eingesetzt ist, gleichsam als solche zu betrachten, welchen aus Irrthum ein *Indebitum* bezahlt worden ist, das sie zu restituiren verbunden sind. Zwar läſst sich solches nicht aus *L.* 19, *§.* 1 *D. de condict. indebiti*, wohl aber aus andern Gesetzstellen beweisen. *Quod indebitum*, sagt der Rechtsgelehrte ***Pomponius*** in der *L.* 7 *D. de condict. indebiti*, *per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.* Am meisten beweiset für unsre Behauptung *L.* 32 *D. de reb. creditis*, wo es heiſst: *Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi, (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest;) sed quia pecunia mea, (quae) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.* In diesem Gesetze ist von einem Falle die Rede, daſs an einen Dritten Geld, das noch nicht in meinen Händen war, sondern nur mir hätte bezahlt werden sollen, gekommen war, und nun wird behauptet, daſs dieser Dritte, ob er mir gleich weder *ex conventione* noch *ex delicto* verbindlich ist, gehalten seyn soll, mir das Geld zu restituiren. Nichts ist gewiſs billiger, als die Verordnung dieses Gesetzes; und warum sollten

denn vermittelst der Anwendung derselben die bezahlten Gläubiger nicht ebenfalls zur Restitution angehalten werden können, da sie doch gegenwärtig, indem der Präcludirte in den vorigen Zustand eingesetzt ist, als solche angesehen werden müssen, welche aus der Concurs-Masse Geld empfangen haben, welches doch eigentlich dem präcludirten Gläubiger gebührte? [u])

Die Gesetze, welche *Leyser* zur Vertheidigung seiner Meinung anführt, stehen diesem auch im mindesten nicht entgegen, sondern man kann wohl mit Recht von ihnen sagen, dass sie gleichsam mit den Haaren herbey gezogen sind. Die *L. 44 D. de condict. indebiti* redet von dem Falle, wenn jemand das Seinige, obgleich nicht von dem wahren Schuldner, sondern von jemanden anders empfangen hat, und verbietet die Zurückforderung. Ohne mich einmahl, wie *Struben*, [v]) auf die Vereinigung dieses Gesetzes mit *L.* 19, §. 1 *D. eod.* einzulassen, will ich nur bemerken, dass das Gesetz gar nicht anwendbar ist, indem man im vorliegenden Falle ja gar nicht von den andern Gläubigern, die ihre Bezahlung bekommen haben, sagen kann: sie hätten das Ihrige erhalten. Das, was sie beym Concurse bekommen haben, ist ja jetzt, wegen der durch den Gebrauch des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand veränderten Lage der Sache, als fremdes Geld anzusehen, welches ihnen eigentlich nicht gebührte, sondern das sie nur aus Versehen erhielten. [w]) Und dass sie solches nicht behalten sollen, ist in der *L.* 32 *D. de reb. credit.* deutlich entschieden, mithin muss hier alle analogische Entscheidung bey Seite gesetzt werden.

Noch weniger relevirt hier die Entscheidung der *L.* 1, §. 12 *D. de separat.*, die ebenfalls *Leyser* für seine Behauptung anführt. Es wird darin der Gebrauch der Rechtswohlthat der Absonderung untersagt, wenn die Güter des Erb-

u) *von Lynker* in *Consil. et Resp.*, Vol. I, Resp. III, No. 23 seq.

v) *A. a. O.*

w) Diesem steht auch nicht entgegen, dass die Gläubiger das, was sie aus dem Concurse erhielten, *iure perfecto* fordern konnten, und es hätten erhalten müssen, wenn die Concurs-Masse zugelangt hätte. Das *Saum* ist hier nach dem zu bestimmen, was die Grösse der Concurs-Masse nach der vom Richter bestimmten Ordnung der Gläubiger abwirft. Doch, dem sey wie ihm wolle, alle Mahl giebt hier die Entscheidung der *L.* 32 *de reb. credit.* den Ausschlag; denn hiernach bleibt das, was die Gläubiger bekommen haben, nunmehr, da der präcludirte Gläubiger in den vorigen Stand restituirt ist, immer fremdes Geld, und muss daher als solches restituirt werden.

lassers bereits mit dem Vermögen des Erben confundirt sind, aus dem natürlichen Grunde, weil man hier das Vermögen des Erblassers nicht mehr gehörig bestimmen und absondern kann. Ich habe von dem wahren Sinne des Gesetzes oben an dem gehörigen Orte gehandelt. Hier bemerke ich nur, dass 1. das Gesetz, wegen der so grossen Verschiedenheit der Sache, nicht analogisch angewendet werden kann, und 2. die Confusion, nach der Natur der Sache, hier keinen rechtlichen Grund abgeben kann, dem präcludirten und restituirten Gläubiger die Zurückforderung abzusprechen.

Aber, was für eine Klage steht denn nun dem präcludirten und restituirten Gläubiger zu, um von den andern Gläubigern die erhaltene Bezahlung zurück zu fordern? Die *Condictio indebiti* kann hier nicht Statt finden, wenn auch gleich solche nicht nur demjenigen, der selbst eine Nichtschuld geleistet hat, sondern auch dem, welcher d a d u r c h, d a s s s o l c h e s g e s c h e h e n i s t, verletzt worden, zuständig ist: x) denn alle Mahl setzt diese Klage eine wahre Nichtschuld voraus, welches man doch von der Bezahlung, welche die Gläubiger aus dem Concurse erlangt haben, nicht sagen kann, die höchstens nur relativ, und in so fern die Concurs-Masse nicht bis zu ihrer Befriedigung zureichte, als eine Nichtschuld zu betrachten ist. Eben so wenig lässt sich von der *Condictio sine caussa* hier Gebrauch machen, weil die Zuerkennung des Richters schon *caussam* abgiebt. Es kann hier also keine andere Klage als die so genannte *A c t i o i n f a c t u m* oder B i l l i g k e i t s k l a g e Statt haben, y) welche so oft angestellt werden kann, als jemand aus der von einem prätorischen Gesetze, ohne Benennung einer Klage, bestätigten natürlichen Verbindlichkeit sich nicht mit dem Schaden des andern bereichern darf. Das Gesuch bey dieser Klage ist im vorliegenden Falle darauf zu richten, dass die Gläubiger angehalten werden sollen, entweder das Ganze, was sie erhalten, oder so viel heraus zu geben, als sie weniger erhalten haben würden, wenn die Forderung des Klägers mit wäre classificirt worden.

Zum Beschlusse dieser Materie will ich noch zwey Fragen berühren, über welche ich noch nirgends hinlängliche Auskunft gefunden habe. Die e r s t e der-

x) *S c h m i d t s Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, §. 1359 der neuest. Ausg.

y) *S c h m i d t a. a. O.*, §. 1340; *v o n T r ü t s c h l e r a. a. O.*, §. 6.

ſelben iſt die: ob jemand, der vor dem Ausbruche des Concurſes von dem Schuldner bezahlt worden war, und daher die präcluſiviſche Ladung nicht achtete, von welchem aber hernach, vermittelſt der Paulianiſchen Klage, die erhaltene Zahlung zurück gefordert wurde, ſich gegen die ihm nunmehr entgegen ſtehende Präcluſion in den vorigen Stand ſetzen laſſen könne.

von Trütſchler z) ſpricht einem ſolchen Gläubiger den Gebrauch der Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geradehin ab, — wahrſcheinlich aus dem Grunde, weil er ſich dabey immer den Fall gedacht hat, wenn der Gläubiger ſich beym Empfange der Zahlung *in mala fide* befand, und mit dem Schuldner dahin colludirt hatte, daſs ihn dieſer mit Hintanſetzung anderer Gläubiger befriedigte. Allein es iſt oben, (Kap. 13,) gezeigt worden, daſs die Gratification allein die übrigen dadurch verletzten Gläubiger berechtigt, die geleiſtete Zahlung zurück zu fordern, und daſs dazu nicht erſt die Colluſion des Schuldners mit dem bezahlten Gläubiger nöthig ſey, mithin würde noch immer die Frage unbeantwortet bleiben, was denn Rechtens ſey, wenn der Gläubiger, der bezahlt iſt, gar nicht einmahl um die Gratification wuſste.

Ich faſſe die Beantwortung dieſer Frage unter folgende Sätze:

I. Wenn ein ſolcher Gläubiger der Colluſion mit dem Schuldner zum Nachtheile der übrigen Gläubiger überwieſen werden kann, ſo ſteht ihm das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht zu. Die allgemeine Rechtsregel: *Doloſe agentibus non ſuccurrunt iura*, iſt auch hier anwendbar.

II. Hat ein ſolcher Gläubiger gewuſst, daſs ihn der Schuldner bey der Bezahlung mit Zurückſetzung anderer habe begünſtigen wollen, ſo kann er ebenfalls nicht auf die Reſtitution Anſpruch machen. Wird es ihm gleich nach den Geſetzen nicht verdacht, wenn er wiſſentlich ſeine Bezahlung entgegen nimmt, ſo kann man doch nicht von ihm ſagen, daſs er ohne ſein Verſchulden in Schaden gekommen ſey. Er ſollte und muſste wiſſen, was darauf erfolgen konnte, und daher auch auf ſeine Sicherheit Bedacht nehmen, wenigſtens eventualiter ſeine Forderung beym Concurſe anzeigen. a)

z) *A. a. O.*, Abſchn. 2, Abth. 2, §. 25.

a) Daſs ſolchen Perſonen, welchen erlaubt iſt, die Rechte zu ignoriren, auch hier Hülfe angedeihen müſſe, wenn ihnen

III. Wenn endlich der Gläubiger zwar durch die Gratification des Schuldners seine Bezahlung empfing, aber nichts davon wuſste, daſs ihn der Schuldner andern vorzog, so muſs ihm unstreitig die Rechtswohlthat der Restitution gestattet werden, weil er hier die Verletzung ganz ohne sein Verschulden erlitten hat.

Eine zweyte hier noch zu erörternde Frage ist diese: Kann einem Vindicanten, oder jemanden, der sonst aus einem dinglichen Rechte an eins der schuldnerischen Vermögensstücke Anspruch macht, noch die Restitution zu Statten kommen, wenn das Vermögen des Schuldners bereits öffentlich verkauft worden ist? Die Frage hat um deſswillen in der Beantwortung ihre Schwierigkeiten, weil durch die Verstattung der Restitution sich eine allgemeine Verwirrung ereignet; denn so bald z. B. der restituirte Vindicant die durch die öffentliche Veräuſserung auf einen Dritten übergetragene Sache in Anspruch nimmt, so hält sich dieser wegen der Gewähr an den Schuldner, oder vielmehr an die Gläubiger, mithin werden diese in Streitigkeiten verwickelt, die sie doch nicht verhüten konnten.

Alles dessen ungeachtet glaube ich doch, daſs dem Vindicanten so wohl, als jedem andern, der aus einem dinglichen Rechte an ein Vermögensstück des Schuldners Anspruch macht, wenn nur sonst die gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet werden müsse. Denn so läſst sich doch noch alle Mahl die Sache in den vorigen Stand und so zurück bringen, daſs die Verletzung des Präcludirten gehoben werden kann, und weiter erfordern die Gesetze nichts, um von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Gebrauch machen zu können. Auf die Folgen, die etwa aus dem Gebrauche dieses Rechtsmittels entstehen, nehmen die Gesetze keine Rücksicht, mithin darf der Rechtsgelehrte auch solche nicht berücksichtigen.

So bald also der Vindicant in den vorigen Zustand eingesetzt ist, so vindicirt er seine Sache von jedem Besitzer, auf welchen sie durch die Veräuſserung gekommen ist, und eben so übt derjenige, welchem ein dingliches Recht an einem

eine Zahlung dieser Art geleistet worden ist, darf ich wohl nicht erst erinnern.

der Vermögensstücke des Schuldners zuständig war, solches nach wie vor, wenn er gegen die Wirkung der Präclusion restituirt worden ist, aus.

Aus den oben von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt entwickelten Grundsätzen folgt, dass sich derjenige desselben nicht bedienen kann, welcher entweder vorsätzlicher Weise und aus muthwilligem Ungehorsam gegen die präclusivische Ladung, oder aus Nachlässigkeit sich einen Nachtheil zugezogen hat. Es ist also bey Concursen derjenige dieser Rechtswohlthat verlustig, welcher aus Vorsatz das Liquidiren verabsäumt und *contumaciam veram* zu Schulden gebracht hat, und eben so derjenige, dem nur irgend eine Nachlässigkeit Schuld gegeben werden kann, es wäre denn, dass ihm der Gebrauch dieses Rechtsmittels wegen seiner besondern Eigenschaft zuständig wäre. Die Beurtheilung, ob jemand durch seine Fahrlässigkeit an dem durch die Präclusion erlittenen Nachtheile Schuld sey, hängt von dem Ermessen des Richters ab.

Ob jemand, der die präcludirte Forderung einer solchen Person, die schon wegen ihrer besondern Eigenschaft des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fähig ist, z. B. eines Minderjährigen, an sich bringt, sich desselben ebenfalls zu erfreuen habe, ist unter den Rechtslehrern nicht ausgemacht. [b]) Nach *Papinian*, in der *L. 42 fin. D. de administr. et peric. tutor. et curator.*, wo es heisst: *non causae, sed personae succurritur, ob praecipuum aetatis favorem*, scheint es, als wenn die Verneinung der Frage keinem Zweifel unterworfen sey, indem der Grund, warum die Restitution verstattet wird, bey einem andern, der nicht eine solche Eigenschaft hat, wegfällt, und ohne denselben sich die Befugniss dazu nicht denken lässt. Allein da, nach *Paulus*, in der *L. 24 pr. D. de minorib.*, der durch einen Minderjährigen in Schaden gebrachte Grossjährige gegen jenen auf die Abtretung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und darauf dringen kann, dass ihn dieser zum *Procurator in rem suam* machen möge, um den erlittenen Nachtheil abzuwenden; so sehe ich nicht ein, warum auch dies in Ansehung desjenigen nicht Statt finden soll, welcher beym Concurse eine präcludirte Forderung eines Minderjährigen oder einer andern Person an sich brachte, der vermöge einer

b) Vergleiche *von Trützschler a. a. O.*, §. 18.

besondern Eigenschaft die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuständig war. [c]) Ich behaupte daher, dass ein solcher auf die Abtretung dieses Rechtsmittels dringen, und sich nun gegen die Wirkungen der Präclusion helfen könne.

Das Verfahren bey der Restitution eines Präcludirten beym Concurse kommt übrigens völlig mit demjenigen überein, welches bey dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt gebräuchlich ist, und bedarf daher keiner besondern Erörterung. Nur ist dabey noch zu bemerken, dass alle Mahl diejenigen, welchen die Restitution des Präcludirten nachtheilig seyn kann, gehört, und mit ihren Einreden dagegen vernommen werden müssen. Diese bestehen nun theils in der Ausflucht der Unstatthaftigkeit des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, theils in andern ähnlichen, nach den Umständen der Sache sich richtenden Ausflüchten.

Ob den bezahlten Gläubigern, wenn der restituirte Gläubiger von ihnen die empfangene Bezahlung wegen seines Vorzugsrechts abfordert, die Einrede der Verjährung, wenn sie das Geld drey Jahre hindurch besessen haben, zuständig sey, scheint mir nicht so ausgemacht, wie *von Trütschler* [d]) glaubt, der sie daher auch als eine sehr wichtige Einrede empfiehlt. Denn kann dies, dass ihnen von dem Concurs-Richter bey der Distribution der Concurs-Masse das Geld ausgezahlt war, sie nicht von der Restitution desselben befreyen; so kann es eben so wenig die Präscription: denn so gut als durch die Verjährung ihnen das Eigenthum des Geldes erworben wird, eben so gut wird auch solches durch die richterliche Auszahlung bewerkstelligt, mithin kann hier aus dem erworbenen Eigenthume kein hinlänglicher Grund zur Vertheidigung hergenommen werden. — Und wozu endlich der Besitz von drey Jahren bey etwas, an dem man schon durch die Uebertragung das Eigenthum erlangte, mithin solches nicht erst durch Verjährung zu erwerben brauchte?

Sieht man auf das *Forum*, bey welchem die Restitution nachgesucht werden muss, so ist dies alle Mahl das Concurs-Gericht, von welchem die präclusivische

c) Vortrefflich findet man diesen Punct erläutert von *Glück* in der D. *de vita petendae restitut. in integrum praet.*, §. 4, Not. 44; in seinen *Opusc. iurid.*, Fasc. II, p. 284.

d) *A. a. O.*, §. 30.

Ladung erlaſſen, und daher die Präcluſion hervor gebracht worden iſt. Hingegen, wenn der Reſtituirte von den Mitgläubigern die erhaltene Bezahlung zurück fordern, oder ſein ſonſt durch die Reſtitution wieder erlangtes Recht verfolgen will, ſo iſt alle Mahl der Gerichtsſtand des Beklagten allein das *Forum competens*, bey welchem er ſeine Klage anbringen und die erhaltene Reſtitution zum Grunde legen muſs.

Das Erſcheinen eines Gläubigers im Liquidations-Termine, welches anſtatt der Liquidation mit einer Proteſtation gegen die Formirung des Concurſes verbunden iſt, kann die Präcluſion nicht von demſelben abwenden, vielmehr treten, ſeiner Proteſtation ungeachtet, die Wirkungen der Präcluſion gegen ihn ein. e) Der Grund iſt, weil er keine Befugniſs hatte, zu proteſtiren, mithin kann ihn die eingelegte Proteſtation auch nicht von den gehäſſigen Wirkungen der Präcluſion befreyen. — Und eben ſo wenig kann die Proteſtation gegen die Einlaſſung in den Concurs die Wirkungen der Präcluſion abwenden, wenn ſolche hernach als dem Gläubiger nach den Geſetzen doch obliegend befunden werden ſollte, wenn er etwa an der gegenwärtigen Concurs-Maſſe Theil zu nehmen Willens war. f)

Ich komme gegenwärtig wieder auf das Verfahren des Richters zurück. — Wenn in dem feſt geſetzten Termine die Gläubiger erſcheinen, ſo iſt es ſeine Pflicht, vor allen Dingen zu verſuchen, ob nicht ein Nachlaſsvertrag unter ihnen zu Stande gebracht und dadurch das weitere Concurs-Verfahren verhütet werden könne. Ehe alle Gläubiger zuſammen berufen ſind, läſst ſich dieſer Verſuch nicht auf eine zu Recht beſtändige Art machen. Man pflegt daher auch wohl in der Edictal-Citation die Gläubiger zu dieſem Ende, und in Entſtehung der gütlichen Vereinbarung zur förmlichen Angabe und Bewahrheitung ihrer Forderungen vorzuladen. — Obgleich der Richter nach dem Herkommen angewieſen iſt, einen Nachlaſs unter den Gläubigern zu verſuchen, ſo läſst ſich doch nicht behaupten, daſs die Verabſäumung dieſes Verſuchs die Nichtigkeit des ganzen

e) *Dav. Mevius* in *Deciſion.*, P. 2, Dec. 287; *von Trütſchler a. a. O.*, Abſchn. 2, Abth. 2, §. 28.

f) Ein immittirter Gläubiger, — ferner ein ſolcher, dem das Retentions-Recht zuſtändig war, kann daher durch die Proteſtation gegen die Einlaſſung in den Concurs nicht die Wirkung der Präcluſion von ſich abwenden, weil er, nach den oben gelehrten Grundſätzen, ſchuldig iſt, ſich in den Concurs einzulaſſen, wenn er an der Concurs-Maſſe Antheil nehmen will.

Concurs-Verfahrens herbey führe, eben so wenig als es ein anderes Prozeſs-Verfahren vernichtet, wenn der Richter den Versuch der Güte verabsäumt.

Der in unserm Schuldverfahren gegründete richterliche Versuch, einen Nachlaſsvertrag unter den Gläubigern zu Stande zu bringen, hat lediglich in einer übel verstandenen Anwendung der Römischen Gesetze, (Seite 284 folg.,) seinen Grund. Man hat das Verfahren, das die Römer lediglich bey einem Erben zur Begünstigung der Erbschaftsantretung zulieſsen, auf jeden Concurs angewendet, und eben so dem Richter erlaubt, die dissentirenden Gläubiger zum Beytritte zu zwingen. Alles, was ich oben, (S. 284 folg.,) von dem erzwungenen Nachlasse gesagt habe, findet daher auch noch heutiges Tages seine Anwendung, auſser daſs die *Dignitas*, (S. 286,) bey uns nicht in Betrachtung kommen darf, sondern die Majorität der Gläubiger lediglich durch die Gröſse der Forderung und die Zahl der Köpfe bestimmt wird. Uebrigens spricht man doch dem Schuldner die Wohlthat des Nachlaſsvertrags ab, wenn er böslicher Weise seinen Vermögensverfall veranlaſst hat.

Wenn daher der Richter auch zu Anfang eines jeden Concurses einen Nachlaſs zu versuchen berechtigt ist, so darf er doch nur, wenn die Minorität der Gläubiger der Majorität beyzutreten gezwungen werden soll, zu diesem Zwange alsdann schreiten, wenn der Schuldner beweisen kann, daſs er durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen ist. Der Beweis solcher Unglücksfälle kann auf verschiedene Art geschehen, z. B. durch das Zeugniſs der Obrigkeit, unter welcher der Schuldner steht, durch Zeugen und Urkunden, und im Falle, daſs es an einem ordentlichen Beweise mangeln sollte, wird der Schuldner, wenn sonst gegen seine Redlichkeit nichts zu erinnern ist, zur eidlichen Erhärtung der ihm zugestoſsenen Unglücksfälle zugelassen. Zwar glauben einige Rechtslehrer, g) daſs von jedem Schuldner so lange vermuthet werden müsse, daſs er durch Unglücksfälle in Verfall gerathen sey, bis das Gegentheil von den Gläubigern nachgewiesen worden ist, indem eine Vermuthung der böslichen Veranlassung dieses Verfalls nach der bekannten Regel: *Quilibet praesumitur bonus* rechtlich nicht Statt finden könne: allein sie bedenken nicht, daſs die nothwendigen Nachlaſsverträge in einer wirklichen Rechtswohlthat bestehen; daſs jeder, der eine

g) *Titius* in *iure privat.*. Lib. XI, Cap. 14.

Rechtswohlthat nachsucht, sich dazu legitimiren müsse; und dass endlich die Unglücksfälle factisch sind, und daher von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden müssen. Es kann auch die Vermuthung: *Quilibet praesumitur bonus*, nur wie eine *Praesumtio iuris* betrachtet werden, die durch eine *Praesumtio hominis* oder *facti* elidirt wird. Und dass dies hier wirklich der Fall sey, beweiset die ganze Lage der Sache; denn bey einem Schuldner, der in Verfall seines Vermögens gerathen ist, fällt doch gewiss die Vermuthung einer guten Wirthschaft dahin, da die Folge das Gegentheil lehrt, und er erregt mit Recht die Vermuthung einer übeln Wirthschaft gegen sich, zumahl da die Erfahrung zeigt, dass bey den meisten Menschen der Verfall ihres Vermögens aus einer übeln Wirthschaft herrührt.

Wenn wir die Römischen Vorschriften von dem erzwungenen Nachlasse auf jedes heutige Schuldverfahren ausdehnen wollen, so müssen wir doch diese Ausdehnung so modificiren, dass dabey die Gläubiger nicht beeinträchtigt werden. Man muss daher annehmen, dass der Richter einen nothwendigen Nachlass nur in dem Falle veranlassen dürfe, wenn sich der Schuldner in einem Zustande befindet, dass er seinen Gläubigern nicht mehr von seinem vorhandenen Vermögen Genüge leisten kann, folglich, wenn der Richter sich zuvörderst von der Insolvenz des Schuldners die gehörige Ueberzeugung verschafft hat. — Ergiebt es sich also aus einer genauen Vergleichung des activen und passiven Vermögens eines Schuldners, dass derselbe wirklich unzahlfähig ist, so muss er zwar zur Rechtswohlthat des nothwendigen Nachlasses zugelassen werden: zeigt sich's hingegen, dass er zwar aus dem Theile seines Vermögens, auf welchen die Verbindlichkeiten fallen, nicht Zahlung leisten kann, wohl aber aus seinem ganzen Vermögen sich die Befriedigung aller Gläubiger bewirken läfst; so fällt zwar die Wohlthat des nothwendigen Nachlasses weg, aber darum wird noch nicht gleich die Formirung eines kostspieligen Concurs-Prozesses nothwendig; denn es ist dem Richter erlaubt, das Schuldenwesen dahin zu reguliren, dass ältere und bevorzügte Gläubiger sogleich, die übrigen aber in mehrern nach einander folgenden Terminen und aus den Früchten der Güter des Schuldners, auf deren Substanz die Verbindlichkeiten desselben eigentlich nicht fallen, ihre Befriedigung ziehen.

Oben, (zehntes Kapitel, S. 287,) ist gezeigt worden, dass der nothwendige Nachlass bey den Römern die hypothekarischen Gläubiger nicht gebunden habe.

Aufser dem Falle, wenn ein Gläubiger mit einer Hypothek verfehen ift, werden noch von den neuern Rechtslehrern [h]) andere Fälle angegeben, worin ebenfalls Gläubiger nicht gezwungen werden könnten, dem durch die Majorität zu Stande gekommenen Nachlaffe beyzutreten, die wir hier noch allerdings einer kurzen Prüfung unterwerfen müffen. Diefe find: 1. wenn der Gläubiger jetzt noch nicht feine Befriedigung begehrt, fondern erft die Verbefferung der Glücksumftände des Schuldners abwarten will; 2. wenn der Gläubiger ein Wechfelgläubiger ift; 3. eine befchworne Forderung hat; oder 4. eben fo arm und wohl noch ärmer ift als der Schuldner; 5. wenn der Schuldner blofs zur Leiftung eines Factums oder gewiffer Dienfte verpflichtet ift; 6. wenn der Gläubiger felbft auch dem Schuldner fchuldig ift, und durch den Nachlafs an der Compenfation behindert werden würde; 7. wenn durch die Majorität nicht ein Theil der Forderungen, fondern das Ganze dem Schuldner erlaffen wird; 8. wenn der Gläubiger ein rechtskräftiges Urtheil für fich hat; oder 9. von dem Schuldner das rückftändige und creditirte Kauf-Pretium für Victualien oder andere Sachen fordert, die auf den Märkten zum öffentlichen Verkaufe ausgeftellt zu werden pflegen; 10. wenn die Schuld erft nach dem Nachlaffe contrahirt worden ift; 11. wenn der Schuldner reich ift und fehr gut Zahlung leiften kann; 12. wenn der Schuldner einigen von den Gläubigern oder allen, die die Majorität ausmachen, heimlich etwas gegeben oder verfprochen hat, wenn fie den Nachlafs zu Stande bringen würden; 13. wenn die Majorität blofs aus Hafs gegen die andern Gläubiger entftanden ift; 14. wenn die Forderung eines oder des andern zur Majorität gehörigen Gläubigers erdichtet, oder in der Abficht formirt worden ift, um die übrigen Gläubiger zu hintergehen; 15. wenn die die Majorität ausmachenden Gläubiger nahe Verwandte oder Blutsfreunde des Schuldners find; 16. wenn der Gläubiger mit der *Actio mandati* gegen den Schuldner klagt; und endlich 17. wenn der geringere Theil der Gläubiger oder der, welcher nicht für den Nachlafs ftimmte, aus andern Gütern des Schuldners, z. B. aus den Lehn- oder Fideicommifs-Gütern, feine Befriedigung begehren kann.

Alle diefe Fälle führt *Böhmer* nebft den Rechtslehrern, die fie vertheidigen, nicht nur auf, fondern tritt ihnen auch zum Theil felbft bey. Allein ich mufs

h) Man vergleiche *Böhmer de pacto remifforio moto concurfu*, §. 14 feq.

aufrichtig gestehen, dass ich von vielen dieser Ausnahmen den Grund nicht sehe. Ich will sie einzeln durchgehen und der Prüfung unterwerfen.

Was die erste dieser Ausnahmen betrifft, so scheint solche zwar anfangs viel für sich zu haben, hat es aber wirklich nicht, wenn man die Sache gehörig erwägt. Die Gesetze beziehen sich bey Beantwortung der Frage, ob durch die Majorität der Gläubiger die andern überwunden und zum nothwendigen Nachlasse sollen gezwungen werden können, auf die gegenwärtige Zeit, und erlauben keinem Gläubiger, mit der Ausflucht, erst in der Folge seine Befriedigung suchen zu wollen, sich von der Verbindlichkeit, dem nothwendigen Nachlasse beyzutreten, zu befreyen. Man könnte einwenden, dies geschah zu Gunsten des Erben und damit dieser nicht von der Antretung der Erbschaft abgehalten werden möchte; allein eben diese Einwendung streitet für meine Behauptung. Wendet man ein Gesetz auf andere Fälle an, oder dehnt dasselbe vielmehr, wie hier der Fall ist, auf mehrere Fälle aus, so muss man auch diese Ausdehnung analogisch in ihrem ganzen Umfange gelten lassen. Man hat die Vorschrift der Römischen Gesetze auf andere Fälle ausgedehnt, wo nicht vom Erben die Rede ist. Und warum? Aus keinem andern Grunde, als dem Schuldner aufzuhelfen, damit dieser für die Zukunft desto geschwinder zu einer Verbesserung seiner Vermögensumstände gelangen möge. Wie ist aber dies möglich, wenn mehrere Gläubiger das Recht haben sollen, sich dem Nachlasse zu entziehen, und ihn für die Zukunft mit der ganzen Forderung zu ängstigen? Nach aller Rechts-Analogie muss daher aus jenen Gesetzen auch behauptet werden, dass kein Gläubiger mit dieser Ausflucht sich dem nothwendigen Nachlasse entziehen könne.

Noch weit scheinbarer ist die zweyte Ausnahme; aber auch nur bloss scheinbarer. Ich kenne sehr gut die Rechte eines Wechselgläubigers, die aus dem Wechselrechte entspringen. Ich weiss ferner wohl, dass das Wechselgeschäft den Römern unbekannt war, aber ich weiss auch, dass man bey den Römern Schärfungen der Verbindlichkeiten kannte, die gewiss dem Wechsel nicht unähnlich sahen. — Aber hätten die Gesetze Gläubiger, denen der Schuldner mit solchen Verbindlichkeiten verhaftet war, von dem nothwendigen Nachlasse ausnehmen wollen, so würden sie solches gewiss ausdrücklich verordnet haben. Dies ist aber nicht geschehen; auch folgt aus dem Geiste der Gesetze

eine solche Ausnahme nicht, vielmehr erhellt aus denselben gerade das Gegentheil. Sie nahmen bloss die hypothekarischen Gläubiger wegen des diesen zustehenden dinglichen Rechts aus; und mit einem dinglichen Rechte ist bekanntlich ein Wechselgläubiger nicht versehen. Man könnte zwar noch entgegen setzen, dass auf solche Weise der Grund sehr leiden würde, warum das Wechselgeschäft eingeführt worden ist, der in der Begünstigung des Handels und Wandels zu suchen ist. Allein erwägt man, dass die Aufhelfung eines oder des andern wider sein Verschulden in Vermögensverfall gerathenen Staatsbürgers davon eine sehr wichtige Ausnahme machen muss; dass, um diese zu bewirken, selbst wohlhergebrachte Rechte anderer, ich meine, derjenigen Gläubiger, die zum Beytritte gezwungen werden, hintan stehen müssen: so sieht man leicht ein, wie wenig dieser Umstand releviren kann, um den Wechselgläubiger von der Nothwendigkeit, dem durch die Majorität hervor gebrachten Nachlasse beyzutreten, zu befreyen.

Von gleichem Gehalte ist die dritte Ausnahme. Man vertheidigt sie mit dem Satze des kanonischen Rechts: *Omne iuramentum servandum est, quod salva salute aeterna servari potest.* Aber wie kann dieser an sich schon so schiefe Satz hier einen Vertheidigungsgrund abgeben? Es ist ja hier nicht davon die Rede, ob eine an sich ungültige und unwirksame Verbindlichkeit durch den hinzu tretenden Eid neue Kraft erhalte, sondern bloss davon, ob ein Gläubiger zum Nachlasse gezwungen, und von einer Forderung, die er mit Recht ganz verlangen kann, etwas nachzulassen angehalten werden könne. Was kann also der der Verbindlichkeit hinzu tretende Eid auf den Nachlass für einen Einfluss haben, und wie kann er dazu gebraucht werden, um den Gläubiger von der Verbindlichkeit, dem Nachlasse beyzutreten, zu befreyen?

Die vierte Ausnahme muss schlechterdings mit folgender Einschränkung angenommen werden. Entweder ist noch von Leistung des Factums, das der Schuldner versprochen hat, selbst die Rede, oder vom Schadensersatze aus dem Vermögen des Schuldners, weil das Factum entweder nicht mehr geleistet werden kann, oder auch dessen Leistung gegenwärtig dem Gläubiger zu nichts mehr nutzen würde. Im erstern Falle versteht es sich von selbst, dass von einem Beytritte zu dem nothwendigen Nachlasse gar nicht die Rede seyn kann, indem sich dieser, seiner Eigenschaft nach, bloss auf solche Gläubiger bezieht, die aus

dem Vermögen des Schuldners etwas zu fordern haben. Im letztern Falle hingegen sehe ich keinen Grund ab, den Gläubiger von der Verbindlichkeit, dem Nachlasse beyzutreten, zu befreyen, da selbst ein persönlich-privilegirter Gläubiger dazu verbunden ist.

Die fünfte Ausnahme von der Regel scheint allerdings viel für sich zu haben, und daher trage ich auch selbst kein Bedenken, ihr beyzutreten. Es kommen hier die Rechte des Gläubigers mit denen, welche dem Schuldner von den Gesetzen als Privilegium verliehen sind, in zu starke Collision, als dass man sich nicht geneigt fühlen sollte, auf die Seite des Gläubigers zu treten. Auch der Geist der Gesetze entschuldigt dieses: denn wenn auch gleich die Gesetze die Absicht haben, einem in Vermögensverfall gerathenen Staatsbürger wieder aufzuhelfen, so kann man doch nicht annehmen, dass diese Absicht zugleich mit dem Ruine eines andern verbunden seyn könne. In solchem Collisions-Falle muss also der ebenfalls arme Bürger von der Verbindlichkeit, dem Nachlasse beyzutreten, los-, und ihm das Recht, das Ganze zu fordern, zugesprochen werden.

Aber nicht so allgemein kann ich der sechsten Einschränkung der Regel beytreten. Der Gläubiger, welcher hier zugleich als Schuldner des Schuldners erscheint, hat entweder eine Forderung, die jetzt schon exigibel ist, da der Nachlass zu Stande kommt, und kann sogleich compensiren, weil auch die Forderung, die der Schuldner an ihn zu machen befugt ist, beygetrieben werden kann, oder nicht. Im erstern Falle würde es sehr unbillig seyn, einen Gläubiger wegen einer nicht mehr vorhandenen Forderung, indem durch die Compensation wechselseitige Schuldforderungen *ipso iure* aufgehoben werden, zum Nachlasse zu zwingen, und zu Gunsten des Schuldners anzunehmen, als wäre sie noch vorhanden, obgleich, wenn die Compensation nicht die ganze Forderung in sich begreift, in Ansehung des Rückstandes noch allerdings dieser Zwang Statt finden kann. Im letztern Falle hingegen sehe ich nicht ab, wie eine vielleicht in der Zukunft mögliche Compensation den Gläubiger befreyen könne, dem nothwendigen Nachlasse beyzutreten. Die Gesetze wissen nichts davon, und aus dem Sinne und der Absicht der Gesetze folgt gerade das Gegentheil. Nach den Gesetzen wird nämlich bloss auf die gegenwärtige Zeit gesehen, und geradezu zu Gunsten des Schuldners angenommen, dass alle Gläubiger, in so fern sie nicht besonders befreyet sind, dem nothwendigen Nachlasse beyzutreten, sollen ge-

zwungen werden können. Man würde auch offenbar der Intention des Gesetzgebers zuwider handeln, wenn man annehmen wollte, daſs ein Gläubiger die zukünftige Compensation abwarten könnte, und nicht nöthig hätte, sich den Nachlaſs gefallen zu lassen, indem dieser dahin geht, daſs ein solcher Gläubiger etwas von seiner Forderung durchaus fallen lassen soll, da er nun durch die Compensation, welche der Zahlung gleich geachtet wird, das Ganze erhalten würde.

Die siebente Ausnahme, die man von der Regel anzuführen pflegt, zeigt, daſs man vom Nachlasse selbst keine richtigen Begriffe gehabt hat. Der Nachlaſs, er möge ein freywilliger oder nothwendiger seyn, setzt ja alle Mahl voraus, daſs die Gläubiger nur etwas von ihren Forderungen an dem Schuldner nachlassen. Es ist daher kein wirklicher Nachlaſs, wenn sie die ganze Forderung remittiren, folglich kann auch, nach der bekannten logischen Regel, daſs es von Dingen, die nicht vorhanden sind, keine Prädicate gebe, von keinem Zwange der andern Gläubiger zum Beytritte die Rede seyn.

Eben so unrichtig ist die achte Ausnahme. Denn was kann es beym nothwendigen Nachlasse, wo von Aufhelfung des Schuldners die Rede ist, in Betrachtung kommen, ob der Gläubiger ein rechtskräftiges Urtheil für sich hat, oder nicht? Es gewährt ihm dieses ja nicht mehrere Rechte als die Forderung an und für sich selbst, wenn sie sonst nur gehörig bescheinigt werden kann. Und so gut man dem Gläubiger die aus dem rechtskräftigen Urtheile entspringende *Actionem iudicati* zugestehen kann, um vermittelst derselben die ganze Forderung beyzutreiben, eben so gut würde man ihm auch die aus der Forderung selbst entstehende Klage aufs Ganze gestatten müssen.

Auch die neunte Ausnahme kann ich schlechterdings nicht zugeben. Ich kenne nach gemeinen Rechten kein Gesetz, welches eine Forderung, die aus Lebensmitteln, welche auf Credit verkauft worden sind, entspringt, mehr als eine andere Forderung begünstigte. Und gesetzt, es gäbe auch Landesgesetze, welche dieses thäten, so könnte doch einem Gläubiger, der eine solche Forderung hat, darum noch nicht das Recht zugesprochen werden, das Ganze zu fordern, und sich von der Verbindlichkeit, dem nothwendigen Nachlasse beyzutreten, zu befreyen. — Denn gestatten die Gesetze diese Befugniſs nicht einmahl dem Pupillen, der doch sonst so sehr von ihnen begünstigt wird, und rau-

ben folche fogar den Gläubigern, die ein perfönliches Privilegium wegen ihrer Forderung haben: wie vielmehr mufs man fie folchen Gläubigern abfprechen, von welchen hier die Rede ift!

Die zehnte Ausnahme von der Regel hat allerdings ihre Richtigkeit: denn die Gefetze, welche vom nothwendigen Nachlaffe reden, unterftellen dabey alle Mahl Gläubiger, die zu der Zeit, da der nothwendige Nachlafs eingegangen wurde, fchon vorhanden waren; nicht folche, die erft hernach entftanden, folglich können auch diefe nicht zum Beytritte gezwungen werden.

Eben das ift der Fall in Anfehung der eilften Ausnahme, wenn fie nur überhaupt eine Ausnahme wäre. Zu jedem nothwendigen Nachlaffe wird ja voraus gefetzt, dafs der Schuldner infolvent feyn müffe. Darum fteht ja auch jedem Gläubiger das Recht zu, zu verlangen, dafs der Vermögenszuftand des Schuldners zuvor unterfucht werde, ehe überhaupt zum Nachlaffe gefchritten wird. Die Ausnahme von der Regel verfteht fich alfo fchon von felbft, und braucht nicht erft befonders angeführt zu werden, indem eine Ausnahme nur unter Vorausfetzung aller Erforderniffe der Regel Statt haben kann.

Die zwölfte, dreyzehnte und vierzehnte Ausnahme von der Regel beruhen auf richtigen Grundfätzen. Denn fo fehr auch die Gefetze den nothwendigen Nachlafs zum Vortheile des Schuldners, und um demfelben aufzuhelfen, begünftigen: fo wenig läfst fich doch behaupten, dafs fie dabey zugleich Ungerechtigkeiten, die entweder von Seiten des Schuldners oder der Gläubiger vorgehen, entfchuldigen wollen. Nicht aber fo richtig finde ich die funfzehnte Ausnahme. Ich läugne zwar nicht, dafs, wenn beym nothwendigen Nachlaffe die Majorität durch Blutsfreunde des Schuldners hervor gebracht wird, daraus allerdings ein wichtiger Verdacht gegen die Rechtmäfsigkeit derfelben entfteht; allein daraus folgt noch nicht, dafs jeder nothwendige Nachlafs diefer Art zu Grunde gehen müffe, indem er fich auch ohne alle Collufion, worauf in folchem Falle die richterliche Unterfuchung gerichtet feyn mufs, denken läfst, und es doch wahrlich bey einem folchen Nachlaffe nicht in Betrachtung kommen kann, ob die Majorität aus Mitleiden gegen den Schuldner, aus Furcht, beym Concurfe ganz zu kurz zu kommen, oder aus Schonung wegen Blutsfreundfchaft und Verwandtfchaft überhaupt entfprungen ift.

Den Grund der **sechzehnten** Ausnahme von der Regel sehe ich auch noch nicht ein. Wenn der Gläubiger *Actionem mandati* gegen den Schuldner hat, was hat er darum wegen seiner Forderung für Vorzüge, so bald nur überhaupt von der Leistung aus dem Vermögen des Schuldners die Rede ist? denn sonst kann er hier als Gläubiger in gar keine Betrachtung kommen. Wenn die Gesetze einen persönlich-privilegirten Gläubiger, dem Nachlasse beyzutreten, gezwungen wissen wollen, und in Ansehung seiner nicht einmahl eine Ausnahme machen, so folgt doch wohl mit Gewissheit, dass sie solche in Hinsicht auf den mit der *Actio mandati* klagenden Gläubiger noch weniger gemacht wissen wollen; denn die Vorzüge der Forderung eines Gläubigers mit denen der persönlich-privilegirten Gläubiger zusammen stellen zu wollen, würde schon an sich eine grosse Unbekanntschaft mit einem persönlichen Privilegio verrathen.

Die **siebzehnte** und **letzte** Ausnahme scheint viel für sich haben, hat es aber wirklich nicht, wenn man sich nur an den Grund des nothwendigen Nachlasses im Allgemeinen hält: denn bey einem nothwendigen Nachlasse kommt es ja nur darauf an, dass Gläubiger überhaupt vorhanden sind, welche den Schuldner drücken, nicht darauf, aus welchem Vermögen desselben sie befriedigt seyn wollen. Wollte man diese Ausnahme gelten lassen, so würde häufig auch ein für den Schuldner noch so zweckmässiger Nachlass dadurch vernichtet, und der Endzweck der Gesetze ganz verfehlt werden.

Unter den zum nothwendigen Nachlasse wesentlichen Erfordernissen kann nur der Richter die übrigen Gläubiger dazu zwingen, der Majorität beyzutreten, jedoch so, dass in Ansehung des Nachlasses selbst auf ein genaues Verhältniss der Forderungen zu einander und ihrer Grösse Rücksicht genommen werde. Es können daher Gläubiger, welche beym wirklichen Concurse mit ihren Forderungen in die letzte Classe gekommen sind, und alsdann vielleicht ganz leer ausgegangen seyn würden, nicht mehr nachzulassen gezwungen werden, als Gläubiger, die sich mit ihren Forderungen an der Spitze befinden. Der ganze Nachlass muss daher auf die Erlassung gewisser Procente gerichtet werden, die alsdann so wohl von der Forderung der mehr als weniger bevorzügten Gläubiger wegfallen.

Bey den Römern war die Einleitung zum nothwendigen Nachlasse bloss Sache des Erben. Bey der durch den Gerichtsbrauch angenommenen Ausdehnung auf alle Schuldner ist sie die Sache des Richters, und man kann daher anneh-

men, dafs ein nothwendiger Nachlafs nur unter Einleitung und Mitwirkung des Richters zu Stande kommen kann. — Ueber dies kann auch nur der nothwendige Nachlafs im Wege des Concurs-Verfahrens eingeleitet werden. Freywillige Nachlafsverträge zu allen Zeiten und ohne richterliche Mitwirkung abzufchliefsen, ift dem Schuldner erlaubt. — Aber aufser dem Falle des Concurs-Verfahrens würde fich ein nothwendiger Nachlafs nur in dem einzigen Falle des Römifchen Rechts, nämlich bey einem Erben zur Begünftigung der Antretung der Erbfchaft, annehmen laffen.

Obgleich der Richter eigentlich verbunden ift, ehe er zur Einleitung des Concurs-Verfahrens fchreitet, einen Nachlafs unter den Gläubigern zu verfuchen, fo dürfte es doch keinem Zweifel unterworfen feyn, dafs feine Befugnifs, einen Nachlafs vorzufchlagen und durch den Zwang der Minorität zu Stande zu bringen, auch noch bis zur Locations-Sentenz Statt finden müffe. Denn wenden wir einmahl das, was das Römifche Recht blofs in Anfehung des Erben verordnet, allgemein auf den Concurs an, und geftatten dem Richter zu Gunften des Schuldners und um diefen vom Untergange zu retten, die Befugnifs, einen nothwendigen Nachlafs zu Stande zu bringen; fo läfst fich nicht abfehen, warum der Richter nur dazu zu Anfang des Concurfes befugt feyn follte. Ereignet es fich doch oft, dafs entweder der Schuldner zu Anfang des Concurfes fich noch nicht gehörig zu der Rechtswohlthat des nothwendigen Nachlaffes legitimiren kann, oder dafs die Gläubiger fich noch nicht durch die Majorität dazu beftimmen laffen wollen, weil fie glauben, dafs fie doch ihre volle Befriedigung auf irgend eine Art erhalten würden. Erft in dem Verfolge des Concurs-Verfahrens, wenn die Gläubiger einfehen, dafs fie beffer fahren, wenn fie dem Schuldner etwas erlaffen, find fie eher für den Nachlafs geftimmt. Ich glaube daher allerdings behaupten zu können, dafs der Richter mehrmahls einen Nachlafs verfuchen, und wenn er zu Stande kommt, das bereits angegangene Concurs-Verfahren dadurch wieder aufheben könne.

Ob aber der Richter nach gefprochener Locations-Sentenz noch einen Nachlafs verfuchen, und wenn die Majorität der Gläubiger dafür ftimmt, die Minorität zum Beytritte zwingen könne, ift fehr ftreitig. *Böhmer*,[i]) der Haupt-

i) In der D. *de pacto remiffsorio in concurfu creditorum*, §. 18; in *Exercit. ad D.*, Tom. V, Exercit. 89.

ſchriftſteller in dieſer Materie, läugnet hier ſchlechterdings die Zuläſſigkeit des Nachlaſſes, ſo bald nur die Locations-Sentenz in die Rechtskraft übergegangen iſt. Er begründet ſich darauf, weil hier *res* nicht mehr *integra* ſey, ſondern die rechtskräftige Locations-Sentenz einem jeden Gläubiger das Recht verleihe, das Ganze zu fordern, und das Recht, welches eine rechtskräftige Sentenz gebe, nach den Geſetzen mit einer ſo vollkommenen Wirkung verſehen ſey, daſs es dem Berechtigten auf keinerley Art, ſelbſt nicht einmahl aus landesherrlicher Macht, entzogen werden könne. Es könne alſo die ſonſt von den Geſetzen beliebte Begünſtigung des Schuldners hier nicht weiter in Betrachtung kommen, und bewirken, daſs einem Gläubiger etwas von ſeinen durch eine richterliche Sentenz wohlerworbenen Gerechtſamen entzogen werde.

Dagegen fehlt es aber auch nicht an Rechtslehrern,[k]) welche die Zuläſſigkeit des Nachlaſſes auch noch nach geſprochener Locations-Sentenz behaupten. Sie begründen ſich 1. darauf, daſs der nothwendige Nachlaſs ganz allgemein zum Beſten des Schuldners angeordnet ſey, folglich nichts darauf ankommen könne, ob bereits eine Locations-Sentenz geſprochen ſey oder nicht; 2. daſs der Nachlaſs wegen der damit verbundenen Befreyung ſo ſehr begünſtigt worden, und kein Grund vorhanden ſey, dieſe Begünſtigung auch nicht auf den vorliegenden Fall auszudehnen; 3. daſs der Nachlaſs ſelbſt den Vortheil aller Gläubiger zum Gegenſtande habe, und der mit dem Schuldner paciſcirende gröſsere Theil der Gläubiger ſo angeſehen werden müſſe, als wenn er ſolches zum Nutzen aller übrigen Gläubiger thue, daher auch die diſſentirenden Gläubiger ſchon füglich aus dieſem Grunde, beſonders aber darum dem Nachlaſſe beyzutreten gezwungen werden könnten, weil in dergleichen Colliſions-Fällen die Wohlfahrt des einen oder des andern Gläubigers ſchlechterdings der allgemeinen Wohlfahrt aufgeopfert werden müſste.

Ich muſs aufrichtig geſtehen, daſs ich bey dieſem Diſſenſe der Rechtslehrer nicht weiſs, auf welche Seite ich treten ſoll. *Böhmers* Gründe haben viel für ſich, aber ſie ſind doch bey dem allen nicht befriedigend, und ein Gleiches gilt von den Gründen der Gegenpartey. Wollte man einer in die Rechtskraft übergegangenen Locations-Sentenz die Wirkung beylegen, daſs ſie den nothwendi-

k) Vergleiche den angeführten *Böhmer*, §. 17.

gen Nachlaſs behindern könnte; ſo würde man auch annehmen müſſen, daſs ein Gläubiger, der vor dem Ausbruche des Concurſes oder während deſſelben durch eine rechtskräftige Sentenz auf ſeine Forderung ein wohlerworbenes Recht erhalten hat, ebenfalls nicht gezwungen werden könne, dem nothwendigen Nachlaſſe beyzutreten. Dies nimmt freylich auch *Böhmer* an, allein es iſt unrichtig, wie ich weiter unten zeigen werde. Man würde ferner behaupten müſſen, (und ich ſehe nicht ein, wie man dieſe Behauptung zu entkräften im Stande wäre,) daſs ein Gläubiger, der vor dem Ausbruche des Concurſes eine rechtskräftige Sentenz gegen den Schuldner erſtritten hat, nicht nöthig habe, ſich in den Concurs einzulaſſen, ſondern verlangen könne, daſs ihm das Ganze ausgezahlt werde, wenn er auch gleich in der dereinſt zu ſprechenden Locations-Sentenz den unterſten Platz behaupten müſste: denn die rechtskräftige Sentenz gab ihm ja ein Recht aufs Ganze; und kann das ihm daraus erworbene Recht auf keine Art geſchmälert werden, ſo kann es auch dieſe Schmälerung nicht durch den Concurs erleiden. Und wollte man wieder in Anſehung des Concurſes eine Ausnahme machen, ſo ſehe ich wieder nicht ab, womit dieſe Ausnahme gerechtfertigt werden ſollte: denn ſo ſtark auch die Wirkungen, die der Concurs der Gläubiger hervor bringt, immer ſeyn mögen; ſo würden ſie doch gegen eine rechtskräftige Sentenz nichts vermögen, voraus geſetzt, wenn man die Kraft derſelben ſich ſo denkt, als ſie von *Böhmer* angenommen wird. Nun aber iſt es 1. ein allgemein anerkannter Rechtsgrundſatz, daſs die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils durch den Concurs der Gläubiger ſuspendirt wird und ſolches nicht zur Execution gebracht werden kann. Es folgt ferner 2. aus den Geſetzen, die vom nothwendigen Nachlaſſe reden, wie ich oben erwieſen habe, daſs eine rechtskräftige richterliche Sentenz, welche ein oder der andere Gläubiger für ſich hat, nicht im Stande iſt, denſelben, falls nur die übrigen Requiſite vorhanden ſind, daſs er zum nothwendigen Nachlaſſe gezwungen werden kann, von der Verbindlichkeit, dem nothwendigen Nachlaſſe beyzutreten, zu befreyen. Es wird endlich 3. die Wirkung einer rechtskräftigen richterlichen Sentenz nur alle Mahl unter der Vorausſetzung in den Geſetzen beſtimmt, wenn ſonſt kein Umſtand eintritt, der ſie verſchieben oder wohl gar aufheben kann. Denn ſo iſt es ja bekannt, daſs durch ein vom Schuldner nachgeſuchtes Moratorium die Wirkung einer noch ſo gültigen und rechtskräftigen Sentenz ſuspendirt wird, wel-

ches nicht würde geschehen können, wenn man, wie *Böhmer* thut, einer rechtskräftigen Sentenz so grosse Wirkungen zugestehen wollte.

Und um zu den Gründen der andern Partey zu kommen, so begreife ich wieder nicht, wie man 1. annehmen kann, dass die Befreyung von einer Verbindlichkeit überhaupt so ausserordentlich in den Gesetzen und so allgemein begünstigt sey, dass man daher die Zulässigkeit des nothwendigen Nachlasses auch nach erfolgter Locations-Sentenz vertheidigen könnte. Es ist zwar richtig, dass, um allgemeiner zu reden, *Liberatio* sehr von den Gesetzen begünstigt worden ist; aber diese Begünstigung versteht sich immer nur unter gewissen Voraussetzungen und Verhältnissen, und kann daher nicht so allgemein angenommen werden, um daraus eine Vernichtung wohlerworbener Rechte anderer Personen abzuleiten. Dann 2. ist es nicht wahr, dass die Gesetze die Wohlfahrt eines oder des andern Gläubigers der allgemeinen Wohlfahrt oder der der meisten Gläubiger nachgesetzt wissen wollen; denn die Anwendung der Gesetze wegen des nothwendigen Nachlasses bezieht sich blos auf die Wohlfahrt des Schuldners, und hat den Zweck, einem in Vermögensverfall gerathenen Staatsbürger aufzuhelfen, und lediglich aus diesem Grunde ist der Majorität der für den Nachlass stimmenden Gläubiger ein Uebergewicht über die Minorität der dissentirenden, nicht aber um ihrer selbst willen beygelegt worden. Die Wahrheit des hier Behaupteten ergiebt sich aus dem Princip, das bey der Ausdehnung des gesetzlich angeordneten Nachlasses auf andere Fälle angenommen worden ist.

Ob ich also gleich so wenig die Gründe der einen als der andern Partey stark genug finde, ihre Behauptungen vertheidigen zu können, so muss ich mich doch für diejenigen erklären, welche den nothwendigen Nachlass auch noch nach erfolgter und in die Rechtskraft übergegangener Locations-Sentenz Statt finden lassen. Ich begründe mich dabey auf das bey Ausdehnung des nothwendigen Nachlasses angenommene Princip, dass einem in Vermögensverfall gerathenen Schuldner dadurch aufgeholfen werden soll. Dieses ohne alle Einschränkung angenommene Princip findet so wohl vor als nach eröffneter und in die Rechtskraft übergegangener Locations-Sentenz Statt: denn 1. steht die Wirkung der rechtskräftigen Sentenz, wie ich oben bewiesen habe, überhaupt dem nothwendigen Nachlasse nicht entgegen; und was von dem Geschlechte überhaupt gilt, muss auch von einzelnen darunter begriffenen Arten gelten, so lange als keine beson-

dere Ausnahme nachgewiesen werden kann. Diese Ausnahme ist aber in Ansehung der Locations-Sentenz nirgends gemacht worden, folgt auch nicht aus der Natur derselben, mithin muss es bey der allgemeinen Regel bleiben. 2. So wichtige Wirkungen auch der Concurs der Gläubiger hervor bringt, und ein so uneingeschränktes Recht auch derselbe den Gläubigern giebt, nach der einmahl gesprochenen und rechtskräftig gewordenen Locations-Sentenz ihre Befriedigung zu begehren, so wenig kann doch alles dieses hier in Betrachtung kommen, wo von Aufhebung des ganzen Concurs-Wesens durch einen nothwendigen Nachlass die Rede ist. Denn gestehe ich gleich gern den Satz zu, dass beym Concurse sonst die Mehrheit der Stimmen der Gläubiger in den wenigsten Fällen den Ausschlag giebt, wenn von Handlungen, die das Concurs-Wesen positiv betreffen, die Rede ist; so läugne ich doch, dass man den Satz umkehren, und annehmen könne, dass auch da nicht auf die Majorität Rücksicht zu nehmen sey, wo von Handlungen die Rede ist, die das Concurs-Wesen negativ angehen. Wollte man dies behaupten, so würde nach dem Ausbruche des Concurses gar kein nothwendiger Nachlass Statt finden müssen, dessen Zulässigkeit doch von allen Rechtslehrern anerkannt wird. 3. Kommt hier die Begünstigung des Schuldners noch eben so sehr, als vor dem Ausbruche des Concurses, oder gleich nach dem Anfange desselben in Betrachtung, und muss zur Folge haben, dass man so wenig auf die sonstigen Wirkungen des Concurses, als auf die Locations-Sentenz Rücksicht nehmen kann, die sich ohne dies nur bedingter Weise, und wenn es beym Concurse bleiben sollte, verstehen, mithin sogleich wegfallen müssen, als ein zu Recht begründeter Umstand eintritt, der sie überwiegt, welches bey dem nothwendigen Nachlasse der Fall ist. Man braucht also keinen von den wirklich unzureichenden Gründen derjenigen Rechtslehrer, die ebenfalls meiner Meinung zugethan sind, um den Satz zu vertheidigen, dass auch nach publicirter und in die Rechtskraft übergegangener Locations-Sentenz noch der nothwendige Nachlass Statt finden könne, sondern man kann, wie ich glaube, aus den angeführten Gründen schon die Zulässigkeit desselben hinlänglich vertheidigen.

Aus dem, was ich bisher über die nothwendigen Nachlassverträge gesagt habe, mit Zuziehung dessen, was oben, (S. 283 u. f.,) darüber bemerkt worden ist, ergiebt sich nun der himmelweite Unterschied zwischen ihnen und den freywilligen Nachlassverträgen. 1. Ein freywilliger Nachlassvertrag kann mit allen Gläu-

bigern, ein nothwendiger hingegen nur mit chirographarischen Gläubigern eingegangen werden. So wie der Prätor das Recht der hypothekarischen Gläubiger respectirte, (S. 287,) so ist es der Richter noch bey uns zu respectiren verbunden. Der Gerichtsbrauch hat die Ausdehnung auf die hypothekarischen Gläubiger nicht anerkannt. 2. Ein freywilliger Nachlassvertrag ist als ein wirklicher Vertrag zu betrachten, ein nothwendiger hingegen ist nur dem Nahmen nach ein solcher. [1]) 3. Ein freywilliger Nachlassvertrag kann zu jeder Zeit

1) Ein freywilliger Nachlassvertrag gleicht einer Schenkung und nebenher auch einem Transacte. Einer Schenkung kommt er um desswillen gleich, weil die Gläubiger hier aus freyen Stücken dem Schuldner etwas von dem, was sie an ihm zu fordern haben, erlassen, folglich in so fern eine Freygebigkeit, die sie nicht nöthig hätten, gegen denselben ausüben. Einem Vergleiche hingegen nähert sich der freywillige Nachlassvertrag darum, weil zugleich mit demselben alle Streitigkeiten ausgeglichen werden, die entweder wegen der Forderung eines Gläubigers bereits entstanden sind, oder etwa noch entstehen könnten. Allein aus allem diesem folgt noch nicht, dass die von einer Schenkung und von einem Vergleiche geltenden Grundsätze auch auf den freywilligen Nachlassvertrag angewendet, und dieser darnach beurtheilt werden müsste. Besonders wichtig ist hier die Frage, ob zur Gültigkeit eines die Summe von 500 *Solidis* übersteigenden Nachlassvertrages die gerichtliche Einhändigung und Bestätigung nöthig sey, die bey einer förmlichen Schenkung nach den Gesetzen durchaus nothwendig ist. Sehen wir auf die dürren Worte der Gesetze, und nehmen ferner auf den Unterschied, der zwischen einer wahren Schenkung und einem Nachlassvertrage, aller Aehnlichkeit ungeachtet, doch alle Mahl noch Statt findet, keine Rücksicht: so scheint der Bejahung dieser Frage nicht das mindeste im Wege zu stehen; denn die Gesetze reden ganz allgemein von der gerichtlichen Einhändigung einer jeden Schenkung, die die Summe von 500 *Solidis* übersteigt, und nehmen davon auf eine eingeschränkte Art nur gewisse Schenkungen aus, zu welchen aber der Nachlassvertrag nicht gehört. Allein erwägt man, 1. dass zwischen einer wirklichen Schenkung, wie in denjenigen Gesetzen, die die gerichtliche Einhändigung der Schenkung, die über 500 *Solidos* beträgt, anbefehlen, voraus gesetzt wird, und einem Nachlassvertrage doch alle Mahl ein himmelweiter Unterschied vorhanden ist, indem zu einer Schenkung im eigentlichen Verstande alle Mahl erfordert wird, dass man etwas aus seinem Vermögen, sey's nun aus welcher Veranlassung es wolle, *titulo lucrativo*, entweder unter den Lebendigen oder des Todes wegen, auf einen andern wirklich überträgt, welches doch bey einem Nachlassvertrage in dem ganzen Umfange einer Schenkung nicht der Fall ist; 2. dass der Grund jener Gesetze, welche bey einer 500 *Solidos* übersteigenden Schenkung eine gerichtliche Einhändigung und Bestätigung anordnen, nicht auf den Nachlassvertrag passt: so muss man sich allerdings geneigt finden, die oben aufgeworfene Frage gänzlich zu verneinen, und anzunehmen, dass bey einem Nachlassvertrage,

und unter allen Umständen zwischen den Gläubigern und dem Schuldner errichtet werden, ein nothwendiger Nachlafs hingegen schränkt sich auf den Fall ein, dafs es mit dem Schuldner zum Concurse kommen mufs, wenn der Nachlafs nicht zu Stande kommt. 4. Ein freywilliger Nachlafsvertrag kann gerichtlich, auch aufsergerichtlich, ein nothwendiger hingegen nicht anders als mit Zuziehung des Richters abgeschlossen werden.

Uebrigens aber kommen beyde Gattungen der Nachlafsverträge darin mit einander überein, dafs sie fast aus keinem andern Grunde angefochten und vernichtet werden können, als wenn ein Betrug des Schuldners dabey concurrirte, oder bey nothwendigen Nachlafsverträgen, wenn der Schuldner sich dazu nicht qualificirte. Nicht aber kann 1. eine blofse Beschädigung der Gläubiger einen gesetzlichen Grund abgeben, einen einmahl gültig ertheilten Nachlafs, möge er übrigens ein freywilliger oder ein nothwendiger seyn, zu vernichten. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, m) welche behaupten, dafs, wenn sich die Verletzung über die Hälfte erstrecke, durch das Rechtsmittel der *L. 2 C. de resc. vendit.* der Nachlafs angefochten werden könne: allein wie ist es überhaupt auch nur denkbar, das Rechtsmittel der *L. 2 C. de resc. vendit.* beym Nachlafsvertrage anzuwenden? Ich weifs zwar wohl, dafs dieses Rechtsmittel, wider seine ursprüngliche Bestimmung, nach welcher es blofs beym Kauf-Contracte Statt findet, vermöge des Gerichtsbrauchs auch auf andere Verträge ausgedehnt worden ist: allein soll eine solche Ausdehnung Statt finden, so wird doch alle Mahl ein lästiger und dem Kauf-Contracte ähnlicher Vertrag dabey voraus gesetzt. Nun aber kann ein freywilliger Nachlafs doch gewifs nicht zu den lästigen Verträgen gezählt werden, sondern er gleicht, wie ich oben gezeigt habe, einer wahren Schenkung. Bey Schenkungen läfst sich aber eine Verletzung über die Hälfte schon an sich nicht denken, und daher um so weniger das Rechtsmittel der *L. 2 C. de resc. vend.* darauf anwenden. Was in Absicht des freywilligen Nachlasses gilt, mufs auch von dem nothwendigen gelten. Zweck und Absicht dieses Nachlasses widerstreiten schon der Anwendbarkeit der *L. 2 C. de resc. vend.*, auch

wenn solcher auch eine so hohe Summe in sich begreifen sollte, eine gerichtliche Einhändigung und Bestätigung desselben durchaus nicht nöthig sey.

m) *v. Völderndorf Etwas von Nachlafsverträgen*, §. 48 folg.

bleibt, den Umſtand abgerechnet, daſs hier die Minorität der Gläubiger gezwungen wird, der Majorität beyzutreten, die Sache immer dieſelbe. Die Geſetze beſtimmen ja nicht, wie hoch ſich der Erlaſs belaufen müſſe, wenn der Richter die Minorität der Gläubiger zwingen kann, der Majorität beyzutreten. Sie ordnen im Allgemeinen dieſen Zwang an, und erkennen dadurch zum Beſten des Schuldners jeden erzwungenen Nachlaſs, unter der Vorausſetzung, daſs er überall nicht betrügeriſcher Weiſe veranlaſst worden ſey, für vollkommen verbindlich an, es mag von der Majorität der Gläubiger ſo viel nachgelaſſen worden ſeyn als da will. Unter ſolchen Umſtänden, und wo die Geſetze auf die Verletzung der Minorität der Gläubiger gar nicht Rückſicht genommen wiſſen wollen, würde es ungereimt ſeyn, anzunehmen, daſs ein nothwendiger Nachlaſs wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne.

So wenig eine Verletzung über die Hälfte die Gläubiger berechtigen kann, einen freywillig oder erzwungen ertheilten Nachlaſs anzufechten, eben ſo wenig kann ihnen dazu eine Verbeſſerung der Glücksumſtände auf Seiten des Schuldners ein Recht geben. Eine Bedingung kann überhaupt bey einem Vertrage nicht anders angenommen werden, als wenn ſie ausdrücklich hinzu gefügt worden iſt oder ſchon ſtillſchweigend aus der Natur des Vertrags folgt. Nun aber leiſten die Gläubiger bey einem ohne allen weitern Vorbehalt zu Stande kommenden Nachlaſſe ſchlechthin auf denjenigen Theil ihrer Forderungen Verzicht, den ſie dadurch remittiren, und können daher auch nicht aus den verbeſſerten Glücksumſtänden des Schuldners einen Grund hernehmen, dem Nachlaſſe zuwider, den erlaſſenen Theil der Schuld zu fordern. — Auch ſelbſt alsdann würde ihnen dieſe Befugniſs abgeſprochen werden müſſen, wenn ſie bloſs mit Hinſicht auf den Schuldner und aus Mitleiden gegen denſelben ſich zum Nachlaſſe bequemt hätten, weil ſie ja eben hier die Verbeſſerung der Glücksumſtände des Schuldners wünſchten. Die *L.* 7, §. 10 *D. de pactis* ſagt ganz allgemein: *Iniquum* (*eſt*), *ſi quod ſemel remiſit creditor debitori ſuo bona fide*, *iterum conetur*, *hoc deſtruere*.

Aus dem Vorſtehenden ergiebt es ſich nun, daſs auſser dem Falle des Betrugs die Gläubiger eigentlich gar nicht den mit dem Schuldner errichteten Nachlaſs anfechten können, mag übrigens dieſer Betrug von dem Schuldner ſelbſt, oder beym nothwendigen Nachlaſſe durch die Majorität der Gläubiger geſpielt

worden seyn. Indess muss ihnen diese Befugniss auch alsdann noch zugesprochen werden, wenn sie durch einen fast unüberwindlichen Irrthum entweder zum Nachlasse überhaupt, oder doch denselben so einzugehen bestimmt worden sind, als sie ihn eingegangen haben. Ich würde hierher den Fall zählen, wenn die Gläubiger von dem Bestande des schuldnerischen Vermögens keine genaue Kenntniss erlangt hatten, und, weil sie dasselbe zu geringe ansahen, sich entweder zum Nachlasse überhaupt, oder auch zu einer stärkern Remission bequemten, als sie sonst gethan haben würden. Am meisten würde ihnen dieser Irrthum alsdann zu Statten kommen müssen, wenn sie es mit einem Schuldner zu thun hatten, dessen Vermögen sich bey den mancherley Verbindungen, worin er stand, nicht gehörig übersehen läſst, und wo es daher leicht kommen kann, dass man dasselbe viel geringer annimmt, als es wirklich ist. Ueberall kann es auch niemanden verdacht werden, wenn er von dem Vermögen eines andern nicht so genaue Kenntniss als von seinem eignen hat.

ZWANZIGSTES KAPITEL.

DRITTER ACT: Liquidations-Termin. — Ansetzung des Contradictor und Curator bonorum. — Eröffnung des Concurs-Prozesses. — Concurs- und Prioritäts-Verfahren.

Der Termin, in welchem, nach dem Inhalte der Edictal-Citation, die Gläubiger erscheinen und ihre Forderungen angeben und ausführen sollen, heisst der Liquidations-Termin. Er kann aus bewegenden Ursachen von dem Richter verlängert, verlegt, und bey grossen und weitläuftigen Concursen wiederhohlt werden.

Kommt in dem Liquidations-Termine die versuchte Güte nicht zu Stande, und kann auch kein nothwendiger Nachlass durch den Richter bewirkt werden, so ist es nun dessen Pflicht, das Concurs-Verfahren nicht nur einzuleiten, sondern auch dafür zu sorgen, dass während des Concurs-Verfahrens das Vermögen des Schuldners gehörig verwaltet und das noch Fehlende zur Concurs-Masse herbey gezogen werde. Mit dieser richterlichen Pflicht hängt die Bestellung des

Contradictor und *Curator bonorum* [n]) aufs genaueſte zuſammen, welche auch erſt um dieſe Zeit des Concurs-Weſens fällt. Der *Curator bonorum* kann auch ſchon früher beſtellt werden, nämlich wenn das in Beſchlag genommene Vermögen des Schuldners eine Verwaltung erfordert, und der Liquidations-Termin wegen der entfernten Gläubiger weit hinaus geſetzt werden muſs. Aber der Contradictor kann eigentlich nur alsdann erſt beſtellt werden, wenn es gewiſs iſt, daſs das Concurs-Verfahren nicht mehr abgewendet werden kann. Doch iſt der Praxis auch die vorläufige Beſtellung eines *Contradictors* nicht unbekannt, damit auf jeden Fall im Liquidations-Termine eine Perſon vorhanden ſeyn möge, welche ſich den Gläubigern entgegen ſetzt.

Was zuvörderſt den Contradictor beym Concurſe betrifft, ſo verſteht man darunter eine rechtskundige Perſon, welche von dem Concurs-Richter dazu beſtellt wird, die Schuldenrichtigkeit zu unterſuchen, und den Gläubigern bey der Liquidation ihrer Forderungen ſo wohl, als andern Perſonen, die an den Schuldner Anſprüche machen, die nöthigen Einwendungen entgegen zu ſetzen. [o]) Bereits oben, (S. 495,) habe ich bemerkt, daſs das Amt eines Contradictors erſt eine neuere Erfindung und eine Folge des veränderten Schuldverfahrens iſt. Durch den ſo eben gegebenen Begriff von dem Contradictor, welcher ſich an die Ableitung dieſes Nahmens von dem Lateiniſchen Worte: *contradicere,* widerſprechen, genau anſchlieſst, ſondert ſich die gänzliche Verwaltung, d. i.: die gerichtliche ſo wohl als auſsergerichtliche Vertretung des ſchuldneriſchen Vermögens, von der alleinigen Prüfung der Richtigkeit der Forderungen ab, und ſeine Geſchäfte ſchränken ſich bloſs darauf ein, die Schulden Nahmens des Schuldners gerichtlich zu unterſuchen und die demſelben zuſtehenden Einreden den Gläubigern entgegen zu ſetzen, daher er auch wie ein Vertheidiger, (*Defenſor,*) und Mandatarius des Schuldners angeſehen werden kann. Eben ſo wenig hat der Contradictor mit der Priorität, oder dem eigentlichen unter den Gläubigern ſelbſt wegen des Vorzugs und der Erſtigkeit ihrer Forderungen zu führenden Rechtsſtreite zu ſchaffen, indem dieſer, als eine bloſs die Gläu-

n) Von beyden hat in Verbindung gehandelt Johann Heinr. Stepf, *Syſtematiſche Lehre vom Contradictor bey einem förmlichen Schuldenweſen über das Vermögen mittelbarer ſo wohl als unmittelbarer Perſonen,* Nürnberg 1791.

o) *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 3, §. 2; Claproth *Summariſcher Prozeſs*, S. 80.

biger betreffende Angelegenheit, im mindesten nicht zu seinen Amtsgeschäften gezogen werden kann, die sich blofs auf die Vertheidigung des Schuldners einschränken. [p] Das Amt eines Contradictors, welches ich so eben dargestellt habe, bestimmt schon von selbst die Eigenschaft desjenigen Subjects, dem dasselbe übertragen werden kann. Es mufs solches eine rechtskundige Person seyn, indem nur diese dazu im Stande ist, die Schuldenrichtigkeit so wohl als auch die aller übrigen Ansprüche zu prüfen, welche an den Schuldner gemacht werden. Ob bey einem sich ereignenden Concurse ein Contradictor nach heutiger Verfassung durchaus nothwendig sey, ist noch streitig. Die praktischen Rechtslehrer nehmen die Bestellung desselben als Regel an, [q] indem man dem Schuldner, der seines Vermögens entsetzt worden ist, nicht trauen, und ihn auf die liquidirten Anforderungen antworten lassen dürfe, weil es ihm jetzt, da er doch seines Vermögens beraubt werden soll, einerley seyn kann, ob diese oder eine andere Forderung der Gläubiger noch eingeräumt wird. Nur bey geringen Concursen, die die Bestellung eines Contradictors und damit verbundene Belohnung nicht vertragen, meinen sie, könne man den Schuldner dahin beeidigen, keine andere als gegründete Forderungen der Gläubiger einzuräumen, und ihn so unter den Augen des Richters die Stelle eines Contradictors selbst vertreten lassen. Allein ich glaube doch, dafs auch hier die Bestellung eines Contradictors nöthig sey. Die geringe Belohnung desselben kommt gegen den Nutzen, den seine Ansetzung den Gläubigern gewährt, gar nicht in Betrachtung; denn der Contradictor soll nicht blofs den Vortheil des Schuldners, der hier am wenigsten in Betrachtung kommt, sondern auch, und vorzüglich, den der Gläubiger besorgen. Ueber dies kann er als eine rechtskundige Person ja gegen die liquidirten Forderungen Einwendungen machen, die der des Rechts unkundige Schuldner nicht zu machen im Stande ist. Wollte man den Contradictor entbehren, so würde man wenigstens doch jeden Gläubiger über die liquidirten Forderungen hören, und die Manda-

p) *Berger Oecon. iur.*, p. 1138; *Wernher* in *Select. observat. forens.*, P. 1, T. 3, Obs. 51. — Dafs es Fälle giebt, dafs auch der Contradictor mit den Gläubigern über die Erstigkeit ihrer Forderungen streiten kann, werde ich weiter unten zeigen. Aber sie sind als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, und setzen eine besondere Bevollmächtigung von Seiten des Richters zu diesem Zwecke voraus.

q) *Claproth a. a. O.*

tarien der Gläubiger zulassen müssen, ihre Erinnerungen dawider anzubringen. Eher kann man bey geringen Concursen die Aemter eines *Contradictor* und *Curator bonorum* in Einer Person vereinigen, von welchem Falle ich hernach reden werde.

Die Bestellung des Contradictors besorgt der Richter allein, und können die Gläubiger dabey nicht concurriren, r) indem sie sonst gewiss eine Person dazu wählen würden, die mit ihnen einverstanden wäre und ihre Forderungen ohne viele Schwierigkeiten durchgehen lassen würde. Eben so wenig kann dem Schuldner eine Concurrenz bey der Bestellung des Contradictors gestattet werden, indem auch diesem nicht zu trauen ist, und er sehr leicht eine Person in Vorschlag bringen könnte, die, wenn nicht alle, doch einige Gläubiger, z. B. seine Verwandten und Freunde, zum Nachtheile der übrigen begünstigte. Da beyde, so wohl der Schuldner als die Gläubiger, bey der Person des Contradictors gleich stark interessirt sind, so ist es am besten, wenn der Richter allein denselben bestellt und bevollmächtigt.

Ist nun gleich die Bestellung so wohl als Bevollmächtigung eines Contradictors beym Concurse ganz dem richterlichen Ermessen überlassen, so hat doch der Richter darauf zu sehen, dass ausser einem fähigen Subjecte auch noch ein unverdächtiges dazu genommen werde. Diesem zu Folge kann in der Regel kein Gläubiger, Verwandter des Schuldners oder eines Gläubigers, und überall keine Person dazu genommen werden, von der sich vermuthen lässt, dass sie einem Gläubiger oder einem andern, der Ansprüche an den Schuldner macht, etwas widerrechtlich zugestehen werde, es wäre denn, dass in den Fällen, wenn der bestellte Contradictor aus einem der oben benannten Gründe verdächtig ist, ein Special-Contradictor bestellt würde. s)

Was hiernächst den *Curator bonorum* betrifft, den man auch den Gütervertreter nennt, so wird darunter jetzt eine Person verstanden, welche bey einem Concurse zur Administration und Vertheidigung der Gütermasse des Schuldners zum Vortheile der Gläubiger und zur Wahrnehmung der diesen

r) Das Gegentheil vertheidigt, aber ohne allen Rechtsgrund, *Schaumburg* in *Princip. prax. iur. iud.*, L. II, C. 8, §. 11, Not. **.

s) *Stepf l. c.*, §. 39.

mit Hinsicht auf den Concurs zuständigen Rechte bestellt wird. Bereits oben, (S. 495,) habe ich bemerkt, dass die Idee eines Gütervertreters von den Römern entlehnt, dass aber der heutige Gütervertreter von dem Römischen *Curator bonorum* ganz verschieden sey. Ich will hier nun näher zeigen, theils, wie sich der heutige Gütervertreter bey Concursen von dem *Contradictor*, theils, wie er sich von dem Römischen *Curator bonorum* unterscheide.

1. Von dem *Contradictor* ist der *Curator bonorum* darin verschieden, dass er nichts mit der Untersuchung der Schuldenrichtigkeit oder anderer Ansprüche, die an den Schuldner gemacht werden, am allerwenigsten aber mit den Prioritäts-Streitigkeiten der Gläubiger zu thun hat, sondern alle seine Geschäfte schränken sich blos auf die Erhaltung, Vermehrung und Veräusserung der Concurs-Masse ein. [t])

2. Von dem Römischen *Curator bonorum* unterscheidet sich der Gütervertreter darin, dass er kein Commissarius des Richters ist, nichts mit der Direction des Schuldenwesens, der Location der Gläubiger und der Vertheilung des schuldnerischen Vermögens zu thun hat. Er ist ein einfacher, von dem Richter und den Gläubigern abhängiger Verwalter der Gütermasse des verarmten Schuldners. Dessen ungeachtet wendet man einzelne Vorschriften des Römischen Rechts vom *Curator bonorum* auf ihn an. Diese sind, dass

a. die Bestellung eines Gütervertreters von den Gläubigern selbst und durch die Mehrheit der Stimmen geschieht. Dabey ist jedoch die Concurrenz des Richters nicht ausgeschlossen. Können sich nämlich die Gläubiger über die Bestellung des Gütervertreters nicht vereinigen, so tritt der Richter ins Mittel und bestellt denselben. Auch ist die Bestellung dem Richter erlaubt, wenn das Vermögen des Schuldners eines Gütervertreters bedarf, ehe es noch möglich ist, sämmtliche Gläubiger zusammen zu berufen. Die Bevollmächtigung des Gütervertreters gebührt ohnehin dem Richter. Sie geschieht entweder durch ein förmliches *Curatorium*, oder auch durch ein unter dem Gerichtssiegel ausgefertigtes Protocoll, worin die Beeidigung und Genehmigung des Gütervertreters enthalten ist.

t) *Puffendorf Obs. iur. univ.*, I, p. 177.

b. Daſs der *Curator bonorum* ſo wohl den Schuldner als die Gläubiger repräſentirt, und zwar in ſo fern, als er von allen Vermögensrechten des Schuldners zum Beſten der Gläubiger Gebrauch macht, z. B. ausſtehende Schulden beytreibt, und die den Gläubigern zuſtehenden Klagen und Rechtsmittel anſtellt.

Die ſämmtlichen Functionen des *Curatoris bonorum* laſſen ſich auf folgende Art am beſten überſehen. Derſelbe

α. verwaltet das geſammte ſchuldneriſche Vermögen. Iſt ſolches an mehrern Orten belegen, ſo werden auch wohl mehrere *Curatores bonorum* angeſetzt und werden die Geſchäfte unter ſie getheilt.

β. Er treibt die ausſtehenden Schulden und die ſich in fremden Händen befindenden Güter des Schuldners bey. Daſs ihm dabey alle dem Schuldner zuſtändige Klagen und Rechtsmittel mitgetheilt werden, verſteht ſich von ſelbſt. Von der heutigen Beſchaffenheit des hierbey vorkommenden Repräſentations-Rechts werde ich unten noch ausführlicher handeln.

γ. Er braucht die den Gläubigern von den Geſetzen verliehenen Rechtsmittel, um ungültige Vermögensveräuſserungen des Schuldners zu vernichten.

Die Perſon, welcher das Güterpfleger-Amt übertragen werden ſoll, muſs nicht nur des Oeconomie-Weſens, ſondern auch der Rechte kundig ſeyn, [u]) indem, wie ich ſo eben gezeigt habe, nicht bloſs die Verwaltung des ſchuldneriſchen Vermögens, ſondern auch die gerichtliche ſo wohl als auſsergerichtliche Vertheidigung deſſelben zu ihrem Amte gehört, es wäre denn, daſs die letztere dem Contradictor mit übertragen worden. Da übrigens der Gütervertreter ganz im Nahmen der Gläubiger und zu deren Beſtem handelt, ſo iſt es keinem Zweifel unterworfen, daſs dieſem Amte auch ſelbſt ein Gläubiger mit Bewilligung der übrigen vorſtehen kann. [v])

u) *Claproth a. a. O.*, S. 39 Andere Rechtslehrer erfordern bloſs eine des Oeconomie-Weſens verſtändige Perſon, z. B. *Schaumburg*, *l. c.*, §. 9. Allein ſie haben dabey immer den Fall im Auge, wenn die juriſtiſchen Geſchäfte des *Curatoris bonorum* dem Contradictor mit ſind übertragen worden.

v) Der Schuldner kann dazu, — wenigſtens wenn der Richter den Gütervertreter beſtellt, nicht genommen werden, indem dabey die Gläubiger ſichtlich gefährdet werden, obgleich *Leyſer*, (*Med. ad D.*, Spec. 491, Med. 4,) ihn zugelaſſen wiſſen will, wenn er Caution leiſtet. Der Ver-

Da der Gütervertreter eigentlich von den Gläubigern beſtellt werden muſs, und da er ferner ſelbige in Abſicht des ſchuldneriſchen Vermögens vertritt, ſo ſollte man glauben, daſs er auch von den Gläubigern ganz allein abhängig ſey. Allein ſo wie das ganze Schuldenweſen der Direction und Aufſicht des Richters unterworfen iſt, ſo iſt dies auch in Abſicht der Adminiſtration des Gütervertreters der Fall. Schon der Römiſche *Curator bonorum* war von den Gläubigern nicht ſo abhängig. Es können daher zwar die Gläubiger Vorſchläge über die Verwaltung des ſchuldneriſchen Vermögens thun, ſie müſſen auch über jede wichtige Anordnung gehört werden, die der Richter in Anſehung deſſelben machen will; aber alles, was geſchieht, muſs doch von dem Concurs-Richter autoriſirt werden.

Wenn die Anſetzung beyder Perſonen, des *Contradictor* und *Curator bonorum*, bey einem Concurſe zu koſtſpielig wird, ſo kann auch wohl der Richter die ſonſt getrennten Aemter in Einer Perſon vereinigen. Was ich oben von den Rechten und Pflichten des *Contradictor* ſo wohl als des *Curator bonorum* geſagt habe, muſs alsdann von dieſer einzigen Perſon gelten, welcher das verbundene Amt übertragen worden iſt. w) — Daſs die Ernennung derſelben in ſolchem Falle mehr von dem Richter als den Gläubigern abhängt, verſteht ſich von ſelbſt.

Ich komme jetzt auf den Liquidations-Termin zurück. Iſt keine Vereinbarung der Gläubiger zu erreichen, ſo erfolgt nun von Seiten des Richters die Eröffnung des Concurs-Prozeſſes, dadurch, daſs die einzelnen Gläubiger aufgefordert werden, ihre Forderungen zu liquidiren, und der Contradictor ſich denſelben im Nahmen des Schuldners ſo wohl als der Gläubiger entgegen ſetzt und

ſicherung dieſes Rechtsgelehrten, daſs er noch nie in Erfahrung gebracht habe, daſs der Schuldner mehr zu ſeinem als der Gläubiger Vortheile gehandelt, traut gewiſs niemand, der mit dem Laufe der Welt bekannt iſt; und der Grund, den er anführt, daſs der Schuldner doch mit ſeinem Vermögen am beſten bekannt ſey, kommt auch nicht in Betrachtung, indem der *Curator bonorum* ſich ja durch den Schuldner hinlänglich orientiren kann.

w) Zur Verbindung beyder Aemter in Einer Perſon rathen *Leyſer*, *Med. ad Pand.*, Spec. 491, Med. 6; *J. H. Böhmer*, in *Introd. iur. Digeſt.*, pag. 409; *Schaumburg*, *l. c.*, L. II, C. 8, §. 11. — Es kommt hier, wie geſagt, alles auf die Umſtände an. Iſt die Concurs-Maſſe ſehr beträchtlich, ſo kann die Verbindung mehr Nachtheil als Vortheil bringen.

die zuständigen Einreden dawider vorbringt. Der Rechtsstreit, welcher zwischen den Gläubigern und dem Contradictor über die Liquidität so wohl als Zuständigkeit der Forderungen geführt wird, macht den Concurs-Prozess aus, wenn man gleich dieses Wort auch in seiner weitern Bedeutung von dem ganzen rechtlichen Verfahren bey Concursen, und folglich auch von dem Prioritäts-Verfahren zu gebrauchen pflegt.

Man pflegt den Concurs-Prozess x) zu den summarischen Prozessen zu zählen, und er ist auch wirklich ein summarischer Prozess, wenn man auf die kurze Verfahrungsart Rücksicht nimmt, mit welcher die Forderungen der Gläubiger angebracht, ihnen begegnet, und darüber abgeurtheilt wird. Das ganze Verfahren läst sich auf folgende Art am besten übersehen.

I. In dem angesetzten Liquidations-Termine bringen die Gläubiger, nachdem sie dazu von dem Richter nochmahls förmlich aufgefordert worden sind, ihre Forderungen in der Form der Implorationen entweder schriftlich vor, oder geben dieselben, was das gewöhnlichste ist, zu Protocoll. Mit der Angabe muss zugleich die Bewahrheitung derselben verbunden werden, und müssen daher diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen durch Urkunden beweisen können, solche mitbringen und dem Concurs-Richter vorlegen. y) (Ueber jede Forderung eines Gläubigers muss, wie ich hernach zeigen werde, ein besonderer Acten-Fascikel angelegt werden.)

x) Ueber den Concurs-Prozess sind folgende Schriften zu vergleichen: *J. Fr. Ludovici Einleitung in den Concurs-Prozess*, Halle 1726; *Brunnemann de processu concursus creditorum cum notis Sam. Stryckii*, Franc. ad Viadr. 1742; *Sebastian Ad. Krafts Praktische Anmerkungen über den Concurs-Prozess* u. s. w., Erlangen 1786; *Kornemann über den Concurs-Prozess*, Marb. 1798. — Man vergleiche übrigens auch noch die bekannten Handbücher über den Prozess, so wohl überhaupt als die summarischen Prozesse insbesondere, von *Claproth*, *Nettelbladt*, *Danz*, *Martin*, *Grollmann* u. s. f., in welchen sich sehr viele schätzbare Bemerkungen befinden.

y) Die Production der Urkunden im Originale ist der Natur des Concurs-Prozesses völlig angemessen. Es können diese Urkunden nach erhaltenem Empfangscheine bey den Concurs-Acten bleiben, auch zurück genommen werden. — Uebrigens versteht es sich von selbst, dass bey der Liquidation, wie dies schon der Begriff mit sich bringt, jeder Posten nicht nur bestimmt in Ansehung des Capitals, sondern auch der Zinsen angegeben und bewahrheitet werden muss. *Krafts Concurs-Prozess*, S. 349.

Alle Beweismittel, welche einem Gläubiger sonst in den Gesetzen zugestanden sind,

II. Wenn die Forderungen angebracht und bescheinigt worden sind, wird der Contradictor aufgefordert, denselben die nöthigen Einwendungen entgegen zu setzen. [z]) Dies geschieht gleichfalls *ad protocollum*. Der Gläubiger wird

müssen ihm auch hier erlaubt seyn. Doch ist es streitig, in wie fern das Geständniss des Schuldners nach eröffnetem Concurse den Gläubiger von der Last des Beweises der liquidirten Forderung befreye. Die gemeine Meinung, (man sehe *Kraft a. a. O.*, S. 558 ibiq. cit. DD.,) ist, dass das Geständniss des Schuldners gar nicht in Betrachtung kommen dürfe, selbst wenn er es auf seinem Sterbebette abgelegt haben sollte, indem dem Schuldner nicht zu trauen sey und er sehr leicht mit den Gläubigern colludiren könne. Und ein Gleiches sey der Fall mit seiner Frau und seinen Kindern, deren Geständniss auch nichts relevire.

Das Sterbebett hat freylich, wie ich auch dafür halte, nicht die Wirkung, dass es das Geständniss mehr bekräftigen könnte. Aber ich glaube doch, dass des Schuldners Geständniss der Forderung auch nach eingetretenem Concurse nicht ganz zu verwerfen sey, so bald nur nicht ein gegründeter Verdacht der Collusion vorhanden ist. Es ist doch zu arg, wenn man annehmen wollte, der Schuldner werde, um andern Gläubigern zu präjudiciren, einem Gläubiger eine Forderung einräumen, die gar nicht vorhanden ist. Dazu kommt, dass gewöhnlich nur chirographarische Gläubiger, oder solche, die in der letzten Classe befriedigt werden, ihre Forderungen durch das Geständniss des Schuldners erweisen wollen. Hypothekarische Gläubiger pflegen sich schon nach andern Beweisen zur rechten Zeit umzusehen. Bey einigen Gläubigern ist es auch gar nicht möglich, dass sie ihre Forderungen anders als durch das Geständniss des Schuldners darthun können, z. B. bey Domestiken.

Ich kann aus diesen Gründen der gemeinen Lehre nicht beypflichten. Ich glaube vielmehr, dass das Geständniss des Schuldners den Gläubiger von der Last des Beweises allerdings befreyen müsse. Ist Verdacht der Collusion vorhanden, so muss sich der Gläubiger durch einen Eid reinigen.

z) Was die gegen die Forderungen der Gläubiger zu machenden Einwendungen betrifft, so ist zu bemerken:

1. Alle dilatorische Einwendungen, z. B. die Ausflucht der Cautions - Leistungen, u. s. w., fallen hier weg, weil sie mit der Natur des Concurs - Prozesses als eines summarischen Prozesses ganz unverträglich sind. Dagegen
2. sind alle peremtorische Einwendungen, wenn sie auch eine weitläuftige Untersuchung bedürfen, hier zulässig. Ob der Richter sie aber nicht in die Wiederklage verweisen dürfe, wenn er unter andern Umständen dazu befugt wäre, ist streitig. *Kraft*, *a. a. O.*, S. 354, meint, dies dürfe durchaus nicht geschehen, allein ich sehe davon den Grund nicht ein. Im Gegentheile rechtfertigt die Natur des Concurs - Prozesses als einer summarischen Prozess - Art sehr gut eine solche Verweisung. Dazu kommt, dass die übrigen Gläubiger dabey interessirt sind, dass das Concurs-Wesen bald beendigt werde, und der Schuldner durch die Verweisung in die Wiederklage hier nichts mehr verliert, als er unter andern Umständen ver-

über diese Einwendungen mit seiner Replik und der *Contradictor* mit seiner Duplik hierauf zu Protocoll vernommen. Sind die Einwendungen von solcher Wichtigkeit, dass sie sich nicht füglich zu Protocoll verhandeln lassen, so werden die Parteyen anstatt der protocollarischen Replik und Duplik, wenn sie darum bitten, auch wohl mit zwey ordentlichen Schriftsätzen zugelassen.

III. Jetzt erfolgt ein richterliches Erkenntniss über die liquidirten Forderungen. Es steht in der Willkühr des Richters, ob er über jede einzelne Forderung besonders absprechen, oder ob er mit dem Bescheide warten und über alle liquidirte Forderungen zugleich erkennen will. Die erstere Art, zu erkennen, ist die gewöhnlichste und auch unstreitig die richtigere. Die letztere hat ihre grossen Schwierigkeiten, indem alles in Eine Sentenz zusammen gefasst werden muss, woraus häufig Dunkelheiten entstehen. Wenn der Richter die erstere Art, zu erkennen, wählt, so geschieht solches in der Form eines protocollarischen Bescheides, ohne alle Urtelsförmlichkeit.

IV. Wenn ein Gläubiger oder auch der Contradictor mit dem von dem Richter gesprochenen Urtheile nicht zufrieden ist, so steht ihm zwar die Einwendung eines Rechtsmittels frey, auch darf, so lange der Rechtsstreit darüber noch nicht beendigt worden ist, nicht zur Location der Gläubiger geschrit-

loren haben würde. Der Fall, dass allen Gläubigern solche Einwendungen entgegen gesetzt werden könnten, lässt sich gar nicht denken. Könnte freylich dadurch das Concurs-Verfahren hintertrieben werden, so würde ich *Kraft* beypflichten; aber dies dürfte selten oder gar nicht der Fall seyn.

Dass man von dem Schuldner auf den Gläubiger nicht schliessen kann, versteht sich von selbst. Dieser muss mit den künstlichsten Beweisen seiner Forderung gehört werden, und kann nicht unter dem Vorwande abgewiesen werden, dass der Concurs-Prozess so weitläuftige Erörterungen nicht leide; denn der Gläubiger kann einen unwiederbringlichen Nachtheil erleiden, wenn er mit seiner Forderung von der Concurs-Masse abgewiesen wird, indem es ja noch immer ungewiss bleibt, ob der Schuldner für die Zukunft wieder etwas erwerben wird.

Uebrigens muss ich noch bemerken, dass es allerdings Pflicht des Richters ist, dahin zu sehen, dass durch unnöthige Ausflüchte und Chicanen des Contradictors das Concurs-Wesen nicht aufgehalten werde. Ist gleich der Contradictor als ein gemeinsamer Mandatarius, des Schuldners so wohl als der sämmtlichen Gläubiger, anzusehen, so steht er doch unter näherer Aufsicht des Richters, als sonst ein Mandatarius zu stehen pflegt.

ten werden; indeſs muſs doch auch der Richter dahin ſehen, daſs durch die Einwendung des Rechtsmittels die Befriedigung der Gläubiger und die Beendigung des Concurs-Weſens nicht zu weit hinaus geſetzt werde. a) — So iſt es auch dem Richter nicht anders, als wenn erhebliche Urſachen dazu vorhanden ſind, erlaubt, bey der Einwendung der Suspenſiv-Mittel die gewöhnlichen Schriftſätze den Parteyen zu geſtatten, ſondern es finden eigentlich nicht mehr als zwey, — die Rechtfertigung des Rechtsmittels und die Beantwortung dieſer Rechtfertigung, — Statt.

Schon oben bey der Lehre von der Präcluſion habe ich bemerkt, daſs alle Gläubiger ohne Unterſchied ihre Forderungen bey dem Concurs-Richter angeben müſſen. Daraus folgt, daſs auch diejenigen nicht davon ausgenommen ſind, welche mit dem Schuldner bey einem andern Gerichte im Rechtsſtreite begriffen waren. Ob aber ſolche Gläubiger den dort obſchwebenden Rechtsſtreit fallen laſſen und ihn bey dem Concurs-Gerichte von neuem anfangen, oder in dem Zuſtande, wie er ſich dort befand, fortſetzen müſſen, werde ich weiter unten, bey der Lehre vom Concurs-Gerichte, zeigen, wo ich erſt die Materie zweckmäſsig behandeln kann.

Auf das Concurs-Verfahren folgt das **Prioritäts-Verfahren**, oder ſollte doch vielmehr auf daſſelbe folgen, b) wenn nicht der Richter, was ihm al-

a) Findet der Richter die Einwendung eines Rechtsmittels ganz rechtswidrig und chicaneus, ſo kann er ſie hier ſogleich verwerfen, wenn er gleich dieſelbe unter andern Umſtänden und bey gewöhnlichen Rechtsſtreitigkeiten geſtatten muſs.

b) Einige Rechtslehrer, z. B. *Hoffmann*, in der *deutſchen Reichs-Praxis*, §. 1244; *Harpprecht*, in *Reſp.*, 92, No. 421, und *Conſil. nov.*, 69, No 29, halten das Prioritäts-Verfahren für etwas ganz überflüſſiges, und was nur das Concurs-Weſen unnöthiger Weiſe verlängere. Andere dagegen, z. B. *Brunnemann*, in *Proc. conc creditor.*, Cap 4, §. 2, 3 und 6, glauben, es ſchicke ſich durchaus nicht, das Liquidations- und Prioritäts-Verfahren mit einander zu verbinden. — So viel iſt ausgemacht, daſs ein abgeſondertes Prioritäts-Verfahren auch der Praxis der höchſten Reichsgerichte, die, bey dem Mangel aller geſetzlichen Verfügungen, doch wohl etwas entſcheiden dürfte, gemäſs iſt. Ich glaube, es kommt hier alles auf die Umſtände an. Bey groſsen und weitläuftigen Concurſen, wobey ſich die Vorzüge der Forderungen am meiſten durchkreuzen, dürfte ein beſonderes Prioritäts-Verfahren keineswegs ohne Nutzen ſeyn, indem es bey den Vorzügen der Gläubiger zuweilen auf einen kleinen Umſtand ankommt, der beym Liquidations-Verfahren und dem eigentlichen Concurs-Prozeſſe nicht ſo ausgemittelt werden kann.

lerdings erlaubt ist, zur Abkürzung des Concurs-Prozesses die Gläubiger zugleich in der Edictal-Citation aufgefordert hat, bey der Angabe und Liquidation ihrer Forderungen zugleich deren Priorität mit zu deduciren. Das Prioritäts-Verfahren hat keinen andern als den Zweck, damit der Richter desto besser die Ordnung bestimmen könne, in welcher die Gläubiger befriedigt werden sollen. Das Wesentliche des Prioritäts-Verfahrens besteht darin, dass die Gläubiger in einem dazu von dem Richter angesetzten Termine die Vorzüge ihrer Forderungen deduciren, und wenn solche auf Thatsachen beruhen, diese erweisen müssen. Eigentlich kann das Prioritäts-Verfahren diejenigen Gläubiger gar nicht angehen, welche Forderungen haben, deren Vorzüge blos rechtlich sind, indem diese der Richter schon von selbst kennen muss, und eine Ausführung derselben nur überflüssig seyn und das Concurs-Verfahren kostspielig machen würde. — Indess kommt auch wohl bey dem Prioritäts-Verfahren eine Ausführung dieser Art vor, nämlich wenn ein Gläubiger dem andern den behaupteten Vorzug streitig macht, und dieser ein solcher ist, der nicht vollständig durch Gesetze und Herkommen entschieden ist.

Bey dem Prioritäts-Verfahren sind nur die Gläubiger als solche interessirt. Dem Schuldner kann es ja ganz gleichgültig seyn, wer von den Gläubigern vor den andern bezahlt wird. Er verliert dadurch nichts, wenn ein Gläubiger vorgezogen und ein anderer nachgesetzt wird. Es gehört daher nicht eigentlich zu dem Amte des Contradictors, den Vorzügen der Gläubiger zu widersprechen, wenn er nicht dazu von dem Richter noch besonders bevollmächtigt worden ist. Indess sind die so genannten Prioritäts-Contradictoren nichts ungewöhnliches bey Concursen.

Wenn das Prioritäts-Verfahren mit dem Liquidations-Verfahren oder dem eigentlichen Concurs-Prozesse verbunden wird, so lässt sich darüber nichts weiter bemerken, sondern aus der Natur der Sache ergiebt es sich schon, dass alsdann mit dem Streite über die Forderungen selbst der Streit über die Priorität derselben verbunden wird. Wird es aber davon getrennt, und zu verschiedenen Zeiten vorgenommen, so ist dabey, von den Landesgesetzen, die darüber meisten Theils besondere Vorschriften enthalten, abgesehen, folgender Gestalt zu verfahren:

I. Wenn der Concurs-Prozess durch einen Bescheid des Richters, entweder über alle liquidirte Forderungen zusammen genommen, oder über einzelne

derselben beendigt ist, so setzt der Richter einen Termin zum Prioritäts-Verfahren an, und ladet die sämmtlichen Gläubiger vor, in diesem ihre vermeintlichen Vorzugsrechte an- und auszuführen. Haben einige Gläubiger bey Liquidirung ihrer Forderungen bereits darum gebeten, sie in diese oder jene Classe zu setzen, und die Gründe ihres Vorzugs angeführt, so excipiren alsdann die andern Mitgläubiger dagegen, und werden hierauf zu Protocoll die Gründe und Gegengründe verhandelt. Haben hingegen die Gläubiger den Prioritäts Punkt noch gar nicht berührt, so muss solches jetzt geschehen. Es tritt daher der erste, der beste Gläubiger auf, deducirt sein Vorzugsrecht, und die andern, welche ein Interesse dabey haben, dass er nicht vorgezogen werde, widersprechen demselben. Die ihr Vorzugsrecht deducirenden Gläubiger sind hier als die Imploranten, die widersprechenden aber als die Imploraten anzusehen, denen natürlich bey dem protocollarischen Verfahren über die Priorität der letzte Satz gebührt. — Uebrigens versteht es sich von selbst, dass ein Gläubiger, der einen ganz ausgemachten Vorzug in Ansehung seiner Forderung geniesst, auf das Prioritäts-Verfahren Verzicht leisten kann.

II. Ueber das Prioritäts-Verfahren wird nur ein einziges fortlaufendes Protocoll angelegt, nicht, so wie bey dem Liquidations-Verfahren, jeder Anspruch in einem besondern Protocolle verhandelt. — Es erfolgt auch kein besonderer Bescheid über die Priorität der Forderungen, sondern das Absprechen darüber bleibt dem Locations Urtel vorbehalten; denn das ganze Prioritäts-Verfahren hat weiter keinen Zweck, als die Locations-Urtel vorzubereiten, und daher wird bloss das über die Priorität verhandelte Protocoll den Concurs-Acten zum Behufe der Abfassung eines Locations-Urtels beygelegt.

EIN UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

VIERTER ACT: Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens und andere Verfügungen darüber. — Locations-Sentenz und Ordnung der Gläubiger nach fünf Claſſen. — Distributions-Beſcheid.

In der Zwiſchenzeit, da die Gläubiger ihre Forderungen liquidiren und deren Rechtmäſsigkeit ſo wohl als Priorität deduciren, erfolgt die Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens, wenn nicht bey einem lange dauernden Concurs-Weſen die einſtweilige Verpachtung der unbeweglichen Güter des Schuldners zweckmäſsiger befunden werden ſollte. — Früher iſt die Veräuſserung nicht füglich zu geſtatten, indem man ja noch nicht wiſſen kann, ob nicht durch einen nothwendigen oder freywilligen Nachlaſs das Concurs-Weſen verhütet wird, wenn gleich in dieſem Punkte häufig von den Gerichten gefehlt wird. — Die Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens wird

I. unter Auctorität des Concurs-Gerichts von dem *Curator bonorum* beſorgt, nach

II. vorgängiger Ankündigung in den öffentlichen Blättern. Dieſe Ankündigung darf nicht ſo geſchehen, daſs bloſs angezeigt wird, es ſoll das Vermögen eines inſolventen Schuldners veräuſsert werden, ſondern es müſſen wenigſtens die Hauptſtücke des ſchuldneriſchen Vermögens zur Anlockung der Käufer mit angezeigt werden.

Das Vorkaufsrecht der Gläubiger, von welchem die *L.* 16, §. 8 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* ſpricht, findet bey uns nicht mehr Statt. Dieſelben Rechte, welche überall bey Subhaſtationen Statt haben, treten auch hier ein.

Obgleich die Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens unter Auctorität des Concurs-Richters geſchieht, ſo kann man doch nicht annehmen, daſs von dieſem ganz eigenmächtig verfahren werden könne. Er iſt vielmehr an die Einwilligung der Gläubiger gebunden, die durch den Concurs ein Recht erlangt haben, über des inſolventen Schuldners Vermögen zu verfügen, und die daher auch ein Widerſpruchsrecht genieſsen, wenn ſich finden ſollte, daſs es für ſie beſſer ſeyn würde, mit der Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens noch eine Zeit lang anzuſtehen. — Der Richter iſt daher ſchuldig, die Gläubiger über die Veräuſserung des ſchuldneriſchen Vermögens zu vernehmen, und erſt

alsdann, wenn ſie darein gewilligt haben, oder doch keinen gegründeten Widerſpruch entgegen ſetzen können, darf er dazu ſchreiten.

Wenn nun durch das Liquidations- und Prioritäts-Verfahren und durch die Berichtigung und Veräuſserung der Concurs-Maſſe alles vorbereitet iſt, ſo erfolgt die richterliche Locations-Sentenz. Nach gemeinen Rechten ſteht es dem Richter frey, ob er ſie ſelbſt ſprechen, oder die Concurs-Acten an ein Spruch-Collegium zu dieſem Ende verſenden will. Wir haben bey der Locations-Sentenz zweyerley zu betrachten: 1. die Ordnung, nach welcher die Gläubiger heutiges Tages claſſificirt werden; und 2. die Locations-Sentenz ſelbſt.

I.

Ordnung der Gläubiger.

Um die Ordnung der Gläubiger oder das Vorzugsrecht, (*Ius praelationis ſ. protopraxias,*) bey einem heutigen Concurſe gehörig darſtellen zu können, muſs ich noch einige allgemeine Bemerkungen vorauf ſchicken. Wir unterſcheiden

I. bey einem Concurſe, ſo wie es ſchon der Römer that, (S. 183,) Vindicanten und eigentliche Concurs-Gläubiger, und unter den letztern wieder abſolut-privilegirte Gläubiger, privilegirte hypothekariſche, einfache oder ſchlechte hypothekariſche, privilegirte chirographariſche und ſchlechte chirographariſche Gläubiger. Die Begriffe ſind die nämlichen, wie ich ſie oben, (S. 183,) angegeben habe. Wer unter den Vindicanten bey einem Concurſe ſeinen Platz nehmen will, muſs ſein Eigenthum vollſtändig erweiſen können. Dabey iſt es jedoch nicht nöthig, einen ſolchen Beweis zu führen, als man bey der Reivindication und Publicianiſchen Klage erfordert, ſondern es iſt ſchon hinreichend, wenn man nur darthut, daſs man eine Sache vorhin beſeſſen habe, und ſolche nicht durch einen das Eigenthum übertragenden Titel auf den Schuldner gekommen ſey. So braucht z. B. die Ehefrau nur bey der Zurückforderung des noch vorhandenen Brautſchatzes die Illation; [c]) derjenige, welcher etwas dem Schuldner angelehnt hat, den

c) Was beym Beweiſe des Eingebrachten überall Rechtens iſt, findet auch hier Statt. Nur das Bekenntniſs des Ehemannes, in ſo fern es nicht lange vor ausgebrochenem Concurſe abgelegt worden iſt, verdient keine Aufmerkſamkeit.

Anlehns-Contract; der Deponent die geschehene Deposition; u. s. f., zu beweisen. Den schwersten Stand hat immer derjenige, welcher dem Schuldner etwas verkauft hat, und jetzt wegen nicht bezahlten Kaufgeldes unter den Vindicanten auftritt und die verkaufte Sache zurück fordert. Der Satz, daſs eine Credit-Gebung nicht vermuthet werde, hat zwar seine vollkommene Richtigkeit, allein es können so mancherley Umstände eintreten, welche ihn entkräften, daſs man darauf nicht so allgemein bauen kann.[d]) Uebrigens kommt nichts darauf an, ob aus einem noch fortdauernden oder, (S. 374,) wieder aufgelebten Eigenthume der Anspruch gebildet wird. Da die Vindicanten bey einem Concurse bloſs die Herausgabe der ihnen zugehörigen Sachen verlangen, so darf sich auch die Locations-Sentenz gar nicht auf sie erstrecken, weil diese bloſs die eigentlichen Concurs-Gläubiger zum Gegenstande hat. Man begreift

II. unter Concurs-Gläubigern, (*Creditores concursus*,) alle diejenigen, welche wirkliche Schuldforderungen beym Concurse liquidiren. Man setzt ihnen die Vindicanten, ingleichen die so genannten *Creditores massae* entgegen, worunter man alle diejenigen versteht, welche mit Hinsicht auf das Concurs-Wesen wegen geleisteter Dienste und Vorschüsse etwas zu fordern haben. Ich werde davon weiter unten bey der Lehre von den Concurs-Kosten ausführlicher handeln. Hier bemerke ich nur, daſs auch auf sie die Locations-Sentenz aus dem vorhin gedachten Grunde nicht geht, und eigentlich nicht gehen darf.

d) Von neuem hat die Lehre von der Credit-Gebung mit Hinsicht auf den Concurs *Carl Heinr. Fetzger* in der D. *quasdam sistens observationes de iure separationis, quod exorto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit*, Praes. *Chr. Gottl. Gmelin*, Tubing. 1799, untersucht. Man kann eine stillschweigende Credit-Gebung, (denn die ausdrückliche ergiebt sich von selbst,) nur in folgenden Fällen annehmen: 1. wenn einer Person, mit welcher der Verkäufer bisher immer auf Rechnung stand, Waaren oder Sachen ohne Bezahlung verabfolgt worden sind; 2. wenn der Verkäufer ohne dies den Käufer die Sache hat exportiren lassen und ihn im ruhigen Besitze der Sache eine lange Zeit gelassen hat; 3. wenn Zahlungsfristen gestattet und Wiederveräuſserungen ruhig zugegeben worden sind. Der Vorbehalt des Eigenthums bey Veräuſserungen hebt an sich schon die nachtheiligen Folgen der Credit-Gebung auf.

III. Es fehlt uns an einem allgemeinen Reichsgesetze, worin die Ordnung der Gläubiger beym Concurse bestimmt wäre. Der gröſste Theil derjenigen Bestimmungen, welche die Ordnung der Gläubiger bey einem Concurse betreffen, hat daher durch Herkommen und Gerichtsbrauch seine Entstehung und Ausbildung erhalten. Das Römische Recht ist auch hier wieder die Grundlage, und kommen daher vorzüglich die Grundsätze zur Anwendung, welche im achten und eilften Kapitel vorgetragen worden sind. e)

IV. Die Befriedigung der Concurs-Gläubiger geschieht, nach dem Gerichtsbrauche, in Classen, f) und zwar so, daſs zu einer jeden Classe eine bestimmte Gattung von Gläubigern gezählt wird. Ueber die Classen selbst ist man aber nicht einig. *Anton a Mara* und mehrere andere Rechtslehrer nehmen acht Classen an, welches aber vorzüglich daher rührt, weil sie die Vindicanten und *Creditores massae* mit hinein ziehen und unter die bey einem Concurse zu befriedigenden Gläubiger setzen. Die meisten, besonders neuern Rechtslehrer nehmen fünf Classen an, und diesen werde ich hernach folgen, weil ich ihre Theorie nach einer genauen Prüfung als die richtigere befunden habe.

e) Man hat in neuern Zeiten Vorschläge zur Verbesserung der Ordnung der Gläubiger bey Concursen gethan, die aber bis dahin ohne allen Erfolg geblieben sind. Vergleiche unter andern *J. H. von Selchow Concept der Reichs-Kammergerichts-Ordnung, auf Befehl der jüngsten Reichs-Kammergerichts-Visitation entworfen und heraus gegeben*, Göttingen 1782, wo im dritten Theile ein Project zu einer Concurs-Ordnung befindlich ist; ingleichen *Archiv für die theoretische und praktische Rechtsgelahrtheit*, herausgegeben von *Hagemann* und *Günther*, 5ter Theil, wo sich ebenfalls am Ende ein Entwurf zu einer Concurs-Ordnung befindet. In einzelen Deutschen Reichslanden hat man in neuern Zeiten angefangen, die Ordnung der Gläubiger beym Concurse besser zu bestimmen.

f) Von den ältern Rechtslehrern haben unstreitig *Richter, de iuribus et privilegiis creditorum*, und *Anton a Mara*, in Tr. *de concursu creditorum*, die Lehre von der Ordnung der Gläubiger am ausführlichsten bearbeitet. Alle diese Arbeiten sind aber durch das treffliche Werk: *Christ. Gottl Gmelins Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gant-Prozesse nach gemeinen und Wirtembergischen Rechten*, überflüssig gemacht worden. — Des *Aug. v. Balthasar Collatio iuris communis cum iure Saxonico, Lubecensi et Mecklenburgico, speciatim Pomeranico, in classificatione creditorum in concursu in tabellis delineata*, Edit. nov., Gryphisw. 1787, ist ein unvollständiges Tabellenwerk.

V. Bey einem Concurſe haben die fälligen Zinſen in Rückſicht auf die Befriedigung ſich gleicher Rechte mit dem Capitale zu erfreuen. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern, g) welche das Gegentheil behaupten, und annehmen, daſs die Zinſen in Hinſicht auf die Befriedigung allen Gläubigern nachgeſetzt werden müſsten, weil 1. die Zinſen ſchon an und für ſich gehäſſig wären; 2. ſolche als ein bloſses *Lucrum* betrachtet werden, und ſchon aus dieſem Grunde nachſtehen müſsten, indem die Geſetze alle Mahl diejenigen mehr begünſtigt wiſſen wollten, welche *de damno vitando*, als die, welche *de lucro captando* certirten. Allein 1. kann man jetzt, da die Zinſen ſelbſt durch Reichsgeſetze bis zu einer gewiſſen Summe gebilligt ſind, nicht ſagen, daſs ſie gehäſſig ſind; ſie ſind vielmehr als erlaubte Früchte des Capitals zu betrachten: 2. ſind Zinſen als Zubehör des Capitals anzuſehen, und müſſen daher auch mit dem Capitale gleiche Rechte genieſsen: 3. ſagt *Juſtinian*, (wenn wir auch die Zinſen nur als ein *Lucrum* betrachten wollen,) deutlich in der *Nov.* 22, *C.* 33: *quod autem ex lege datum eſt, lucrum privatus auferre modis omnibus non valebit:* und endlich 4. zeigt uns *Scävola* in der *L.* 18 *D. qui potior. in pign.*, nach welchen Grundſätzen die Zinſen beurtheilt werden ſollen. In dieſem Geſetze trägt er den Fall vor, da zwey Gläubigern an einer und eben derſelben Sache ein Pfandrecht verſtattet worden, einer von ihnen aber älterer Pfandgläubiger iſt als der andere und beyde nun auf ihre Befriedigung aus dem Pfandſtücke dringen. Hier entſcheidet er, daſs der ältere Pfandgläubiger dem jüngern nicht nur in Anſehung des Capitals, ſondern auch der Zinſen, — ſelbſt derjenigen, die nach der zweyten Verpfändung aufgelaufen ſind, — vorgehen ſoll. — Und warum? Aus keinem andern Grunde, als weil die Zinſen, als Zubehör des Capitals, ſich auch mit dieſem gleicher Rechte zu erfreuen haben müſſen. Offenbar iſt es, daſs hier der ältere Pfandgläubiger wegen der Zinſen dem Capitale des andern vorgezogen wird, ohne darauf Rückſicht zu nehmen, ob dieſer befriedigt werden kann oder nicht. Es wird alſo deutlich der Fall unterſtellt, daſs der zweyte Pfandgläubiger wegen ſeines Capitals aus der ver-

g) *Weſenbeck*, in *Conſil.*, C. 50, No. 35; *Hertius*, in *Deciſionib.*, Dec. 22, No. 8; *Richter*, *de privil. credit.*, Disp. 12, p. 349; u. a. m.

pfändeten Sache nicht Genugthuung erhalten kann, denn sonst würde die Frage dem *Scävola* zur Entscheidung gar nicht haben vorgelegt werden können. Wenden wir die Entscheidung dieses so deutlichen Gesetzes auf den vorliegenden Fall an, so ist nichts ausgemachter, als daſs die Gläubiger beym Concurse in Ansehung der Zinsen sich eben der Vorrechte zu erfreuen haben, die ihnen in Ansehung des Capitals zuständig sind. Denn ist gleich in diesem Gesetze bloſs von Pfandgläubigern die Rede, so paſst doch der Grund, welchen *Scävola* bey seiner Entscheidung annahm, nämlich weil Zinsen ein Zubehör des Capitals sind, eben so gut auf die chirographarischen Gläubiger. Man möchte gegen diese Analogie einwenden, daſs es ihr an den gehörigen Erfordernissen fehle, und insbesondere, daſs die groſse Ungleichheit des darin entschiedenen Falles und des vorliegenden keine analogische Entscheidung zulasse, indem in dem Gesetze nur eines *Concursus in pignore* gedacht wird, wo *Scävola* wahrscheinlich darauf Rücksicht genommen, daſs sich der wegen seines Capitals nicht befriedigte jüngere Pfandgläubiger an das übrige Vermögen des Schuldners halten könne. Allein dieser Einwand ist bloſs scheinbar, und verschwindet, so bald man nur alle Umstände gehörig in Erwägung zieht. Der einzige Grund, worauf sich *Scävola* bey seiner Entscheidung stützt, ist der, weil die Zinsen als ein vom Capitale untrennbares Zubehör angesehen werden, und daher auch mit diesem gleiche Rechte genieſsen müssen. Unter diesen Umständen aber muſs es immer einerley bleiben, ob der Collisions-Fall sich bloſs bey der Unzulänglichkeit eines Unterpfandes oder des ganzen schuldnerischen Vermögens ereignet. h)

IV. Schon aus der Natur der Sache folgt, daſs bey der Classification der Gläubiger im Concurse diejenigen Rechte befolgt werden müssen, welche *in foro concursus* gelten, die Gläubiger mögen bloſs Unterthanen desjenigen Landes seyn, worin sich das Concurs-Gericht befindet, oder fremde Landes-

h) I. Ern. *Höpfner de collocatione usurarum in concursu creditorum*, Gieſsae 1754; *Schnaderbach* Pr. *de petendis ex concursu usuris ex iure Romano atque Germanico*, Halae 1726; I. G. *Bertoch de ratione usurarum in concursu creditorum habenda*, Lipſ. et Zitt. 1732; I. C. *Heimburg an is, qui iure praelationis quoad sortem in concursu creditorum est munitus, eodem, quod ad usuras, quoque gaudeat*, Ien. 1730; *Leyser Med. ad D.*, Spec. 488, Med. 2.

unterthanen. Denn ausgemacht ist es, dass die Gläubiger als Kläger beym Concurse auftreten, und sich daher auch diejenigen Rechte gefallen lassen müssen, die in dem *Foro* des Beklagten gelten, weil kein Gericht nach andern Landesgesetzen zu sprechen schuldig ist. Dass übrigens in Ansehung der auswärtigen Gläubiger insbesondere noch auf die Eigenschaft ihrer Forderungen, die in Befolgung ihrer Landesgesetze hervor gebracht wurde, Rücksicht genommen werden muss, versteht sich ohne mein Erinnern von selbst, und fliesst aus den allgemeinen Grundsätzen von der Gültigkeit der Statuten ausserhalb Landes. So z. B.: wenn *in foro concursus* kein Pfandrecht anders gültig als vor Gericht bestellt werden könnte, so würde desshalb ein auswärtiger Gläubiger, der sich ausserhalb Landes, wo solches erlaubt war, ein Privat-Pfandrecht von dem Schuldner hätte verleihen lassen, nicht zurück gesetzt werden dürfen. Wer mit den Grundsätzen von der Collision der Statuten auch nur einiger Massen bekannt ist, wird sehr leicht einsehen, dass man um desswillen auch nicht behaupten kann, es müsse einem auswärtigen Gläubiger auch das Privilegium *in foro concursus* gestattet werden, welches er vielleicht in dem Lande, wo er seinen Wohnort hat, in Ansehung seiner Forderung genossen haben würde, wenn sich dort ein Concurs ereignet hätte. [i])

Ich gehe gegenwärtig zu der Ordnung der Gläubiger nach gemeinen Rechten selbst über. Ich habe bereits oben bemerkt, dass man die sämmtlichen Concurs-Gläubiger in fünf Classen zusammen fasst. Ich brauche nicht erst zu erinnern, dass jede Classe die andern ausschliesst, und dass, so lange in einer vordern Classe noch ein Gläubiger vorhanden ist, eine hintere Classe nicht zur Hebung kommt. Ich werde die heutige Ordnung der Gläubiger so abhandeln, dass ich nicht nur zeige, wer zu jeder Classe gehört, sondern auch, wie in jeder Classe der Vorzug unter den Gläubigern bestimmt werden muss.

i) Vergleiche D. *Nettelbladt Syst. elem. iurispr. pos. Germ. comm. general.*, §. 813; *Io. Nic. Hert* D. *de collisione legum*, in *Opuscul.*, Vol. I, No. 150.

ERSTE CLASSE,
welche die absolut-privilegirten Gläubiger enthält.

Absolut-privilegirte Gläubiger, welche in dieser Classe ihren Platz einnehmen, sind alle diejenigen Gläubiger, welche bey einem Concurse den Vorzug vor allen andern Gläubigern, sie mögen seyn, von welcher Gattung sie wollen, geniessen. Zu den absolut-privilegirten Gläubigern gehören:

A. diejenigen, welche als Leichenkosten etwas aus dem Vermögen des verstorbenen Schuldners zu fordern haben. Das Privilegium der Leichenkosten ist Römischen Ursprungs, und man wendet bey uns die Grundsätze an, welche ich oben, (S. 184 folg.,) vorgetragen habe. Es versteht sich von selbst, dass zu den, (S. 189,) aufgeführten Leichenkosten noch hinzu kommt, was nach der heutigen Art, die Todten zu beerdigen, aufgewendet wird, z. B. die Leichengebühren und die Belohnung der Geistlichen so wohl, als anderer kirchlichen und weltlichen bey der Beerdigung nöthigen Personen.

Man darf aber auch nicht dahin rechnen, was auf die Trauerkleider der Verwandten des Verstorbenen, auf die Leichenschmäuse und Mahlzeiten u. s. f. verwendet worden ist, indem selbst das Römische Recht die Leichenkosten nicht ausgedehnt wissen will, es wäre denn, dass Landesgesetze eine solche Ausdehnung rechtfertigten. Eher würde es sich noch entschuldigen lassen, wenn man die auf die Trauerkleider der Verwandten, welche nothwendig bey der Beerdigung gebraucht werden müssen, verwendeten Kosten zu den Leichenkosten rechnen wollte, [k]) obgleich auch dies alle Mahl eine unerlaubte Ausdehnung der Gesetze seyn würde.

Beym Vorzugsrechte der Leichenkosten im Concurse kommt zwar nichts darauf an, ob jemand solche selbst bestritten, oder Geld zu deren Bestreitung hergeschossen, oder endlich sonst wegen seiner bey der Beerdigung geleisteten Dienste oder aus einem andern sich auf selbige beziehenden Grunde etwas zu fordern hat, z. B. der Kaufmann wegen der zum Begräbnisse nöthigen Waaren, die Arbeitsleute wegen der an der Grabstätte geleisteten Arbeiten, u. s. w., indem dieser Unterschied blofs auf die Liquidation

k) Siehe *von Puffendorff* in *Animadvers. iur. univers.*, T. I, Animadv. CVI.

Beziehung hat. — Indeſs bedarf doch die Sache noch eine genauere Berichtigung, wenn wir den Punkt: In wie fern den Leichenkoſten das Vorzugsrecht bey Concurſen beygelegt werden müſſe, ganz erſchöpfen und auſser allen Streit ſetzen wollen.

Liquidirt 1. jemand bey Concurſen Leichenkoſten, welche er als Geſchäftsträger des Leichenbegängniſſes oder auf Befehl des Verſtorbenen ausgelegt hat, und die gleichwohl aus dem Vermögen des Verſtorbenen bezahlt werden müſſen, ſo iſt es, wenn er das mehrgedachte Vorzugsrecht genieſsen will, nicht allein nothwendig, daſs das, was er liquidirt, nach den obigen Grundſätzen zu den Leichenkoſten gerechnet werden kann, ſondern es muſs auch bey der Aufwendung auf den Stand und das Vermögen des Verſtorbenen Rückſicht genommen worden ſeyn: denn da in ſolchem Falle übermäſsige Aufwendungen gar nicht mit der *Actio funeraria* gefordert werden können, [l]) ſo iſt auch nichts natürlicher, als daſs ſie von dem mehrerwähnten den Leichenkoſten zuſtändigen Privilegio ausgeſchloſſen ſind.

Hingegen wenn 2. jemand beym Concurſe etwas als Leichenkoſten liquidirt, weil er bey der Beerdigung derjenigen Perſonen, die der Schuldner begraben zu laſſen verbunden war, oder auch bey dem Leichenbegängniſſe des Schuldners ſelbſt dieſe geleiſtet oder etwas hergegeben hat, ſo fällt dieſes weg, und ſeine Forderung genieſst gerade das den Leichenkoſten beygelegte Privilegium.

Daſs übrigens derjenige, welcher auf das Vorzugsrecht der Leichenkoſten beym Concurſe Anſpruch macht, beweiſen müſſe, daſs ſeine Forderung die Eigenſchaft der Leichenkoſten habe, darf ich wohl nicht erſt erinnern. [m])

Ferner gehören zu den abſolut-privilegirten Gläubigern:

B. die Aerzte, welche dem Schuldner in ſeiner letzten Krankheit beygeſtanden haben, wegen des ihnen gebührenden Arztlohns, (*Soſtrum.*) Es

l) *L.* 14, §. 6 *D. de religioſ.; Wernher Obſ. forenſ.*, P. IV, Obſ. 177 — Vergleiche übrigens noch *Io. Gottfr. Krauſe* Pr. *de ſumtibus in funus defuncti factis et qui ſub illis intelligantur*, Vitemb. 1737.

m) Daſs auch hier in Mangel eines andern Beweiſes die eidliche Beſtärkung zuläſſig ſey, zeigt *Brunnemann* in *Proceſſu concurſus creditor.*, C. V, §. 14.

fehlt zwar nicht an Rechtslehrern, [n]) welche dieses Vorrecht aus dem Römischen Rechte ableiten wollen, und sich dabey auf *L. 4 C. de petit. heredit.* und *L. 3 C. de religios. et sumtib. funer.* berufen: allein alle diese Gesetze beweisen im mindesten nichts, wenn man in sie genau eindringt. Die *L. 4 C. de petit. heredit.* enthält ein Rescript des Kaisers *Antonin*, und lautet folgender Gestalt: *In restituenda hereditate compensatio eius habebitur, quod te in mortui infirmitatem, inque sumtum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse tibi probaveris.* In diesem Gesetze wird zwar neben den Leichenkosten auch derjenigen gedacht, welche auf die letzte Krankheit des Verstorbenen sind aufgewendet worden, allein es ist hier im mindesten nicht die Rede von einem Vorzugsrechte beym Concurse. Der Fall, worauf sich die Entscheidung des Gesetzes bezieht, ist dieser: Es hatte jemand, welcher Erbe zu seyn glaubte, aus seinem Vermögen auf die Krankheit des Erblassers und dessen Leichenbegängniss etwas aufgewendet, und nun in gutem Glauben die Erbschaft angetreten. Hernach stellte sich der eigentliche Erbe ein, und verlangte die Auslieferung der Erbschaft. Hier verordnete *Antonin*, dass dem vermeintlichen Erben, der in gutem Glauben handelte, erlaubt seyn soll, bey der Restitution der Erbschaft dasjenige abzuziehen, was er auf die Krankheit und das Leichenbegängniss des Verstorbenen verwendet hat. Und warum? Aus keinem andern Grunde, als weil sich sonst der wahre Erbe mit dem Schaden des vermeintlichen Erben bereichert haben würde. *Antonin* that hier also weiter nichts, als dass er den allgemein in den Gesetzen anerkannten Grundsatz, dass sich keiner mit dem Schaden des andern bereichern solle, auf einen besondern Fall anwendete. Weit aber war er davon entfernt, eine Vergleichung der Leichenkosten mit den Kosten der Krankheit des Verstorbenen anzustellen, oder den letztern gleiche Rechte mit den erstern zu verleihen; sondern bloss, weil der vermeintliche Erbe auf die Krankheit des Verstorbe-

n) *Lauterbach*, in *Colleg. theoret.-practic.*, Tit. *de reb. auctorit. iudic. possidend.*, §. 25; *Carpzov*, P. I, Const. 28, Def. 39; *Hoffmann*, in *der Deutschen Reichs-Praxis*, Th. II, §. 1270; *Richter*, *de iurib. et privileg. creditor.*, Disp. IV, Membr. IV, p. 93; *H. Lampe*, D. *de privilegiis et iuribus singularibus medicorum*, Sect. I, Cap. II, §. 22; *Mevius ad Ius Lubecense*, P. III, T. I, Art. 11; und in s. *Decis.*, Decis. 242, No. 96 — 100.

nen ebenfalls Kosten verwendet hatte, trifft es sich, dass hier beyderseitiger Kosten zusammen gedacht wird. Und wie konnte auch hier vom Vorzugsrechte die Rede seyn, da die ganze Entscheidung keinen Concurs unterstellt?

Nicht mehr beweiset *L.* 3 *C. de religios.*, ein Rescript des Imperators *Alexander: Legatum*, heisst es, *a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel morbum eius erogasse te boni viri arbitratu probaveris, Praeses provinciae solvi tibi iubebit.* Das Gesetz unterstellt den Fall, da ein Vermächtnissnehmer auf die Krankheit und Beerdigung des Testators Kosten verwendet hatte, und der Imperator weiset den *Praeses provinciae* an, den Erben anzuhalten, dass er dem Vermächtnissnehmer nicht nur das hinterlassene Legat, sondern auch die aufgewendeten Leichen- und Krankheitskosten erstatten solle. Und warum? Weil der Legatar beydes, wiewohl aus einem ganz verschiedenen Grunde, fordern konnte. Das Vermächtniss konnte er vermittelst einer Klage aus dem Testamente, die Leichen- und Krankheitskosten hingegen mit der *Actio negotiorum gestorum* fordern, und liess sich nicht annehmen, dass der Legatar bey der Aufwendung der gedachten Kosten die Absicht gehabt hatte, die Wohlthat des Verstorbenen zu compensiren. Der Imperator *Alexander* wollte hier also das Unbillige der Meinung zeigen, dass der Legatar in der Absicht, um zu compensiren, jenen Aufwand gemacht habe, und daher denselben nicht von dem Erben fordern könne; er hatte aber keineswegs dabey die Absicht, die Kosten der Krankheit des Verstorbenen mit den Leichenkosten in ein gleiches Verhältniss zu stellen und denselben die Vorrechte der Leichenkosten beyzulegen. Dass hier die Kosten der Krankheit den Leichenkosten zur Seite gesetzt werden, rührt wieder von einem blossen Ohngefähr her.

Offenbar ist es also, dass sich aus dem Römischen Rechte das Vorzugsrecht des Arztlohns nicht beweisen lässt, o) es wäre denn, dass man die ungereimtesten Schlüsse gelten lassen wollte. Allein nichts desto weniger geniesst es das Vorzugsrecht vermöge eines allgemeinen Gerichtsbrauchs in Deutschland, der durch eine Menge besonderer Landesgesetze unter-

o) Vergleiche die vortreffliche Dissertation von *Hasentien de privilegio medicorum creditorum in concursu*, Ien. 1774.

ſtützt wird, p) und daher auch wohl zum Theil mit abgeleitet werden muſs; ſo daſs alſo die Meinung derjenigen Rechtslehrer, q) welche dem Arztlohne ſeinen Platz überhaupt in der vierten Claſſe anweiſen, zwar der Natur der Sache, nicht aber dem Gerichtsbrauche gemäſs iſt. r)

Nur das Artzlohn für die letzte Krankheit des Schuldners, d. i.: an welcher derſelbe wirklich verſtarb, genieſst das Recht der Befriedigung in der erſten Claſſe, — nicht deſswegen, weil, wie einige Rechtslehrer, die das Privilegium des Arztlohns im Römiſchen Rechte zu finden glauben, behaupten, s) in den Geſetzen bloſs der auf die letzte Krankheit verwendeten Koſten gedacht wird und ſolche mit den Leichenkoſten in gleiches Verhältniſs geſtellt werden, — ſondern weil es ſo in dem Gerichtsbrauche gegründet iſt. Da dieſes Vorzugsrecht des Arztlohns für die letzte Krankheit des Schuldners ſich urſprünglich auf eine unrichtige Erklärung Römiſcher Geſetze gründet und durch den Gerichtsbrauch ſeine eigentliche Conſiſtenz allererſt erlangt hat, ſo bin ich der Meinung, daſs ſolches ſo eingeſchränkt als möglich erklärt werden muſs, zumahl da es auf gar keinem ſoliden Grunde beruht. War daher der verſtorbene Schuldner von einer Krankheit beynahe wieder völlig hergeſtellt, fiel aber hernach wieder in ſolche zurück, oder trat zu derſelben eine neue hinzu, und verſtarb er nunmehr; ſo muſs allerdings ein Unterſchied in Anſehung des Arztlohns getroffen werden, und kann nur dasjenige das mehrmahls erwähnte Privilegium genieſsen, welches der Arzt wegen der zuletzt geleiſteten Hülfe zu fordern hat. t)

Daſs übrigens der Arzt, welcher auf dieſes Vorzugsrecht Anſpruch machen will, ein ſolcher ſeyn müſſe, welchem nicht nur die Ausübung der Arzeneykunſt nach den Landesgeſetzen nicht unterſagt iſt, ſondern der ſich auch in der wirklichen Ausübung befindet, bedarf keiner Erinnerung, weil er

p) Eine Menge ſolcher beſondern Landesverordnungen findet man bey *Haſentien a. a. O.*

q) *Bodinus*, in D. *de non praeferendis ſumtibus curationis ultimi morbi*, p. 17; *Beuther*, *de iure praelationis*, P. I, C. 29.

r) *Haſentien a. a. O.*, §. 18; *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 93.

s) *Mevius a. a. O.*; *Hahn ad Weſembec.*, Tit. *de privileg. creditorum*, No. 4.

t) *Gmelin a. a. O.*, S. 96.

auf andere Weiſe das Arztlohn gar nicht fordern, oder doch nicht gerichtlich einklagen, alſo auch nicht beym Concurſe liquidiren kann.

So wie dem Arztlohne der letzten Krankheit des verſtorbenen Schuldners, eben ſo wird auch

C. allen andern Koſten der letzten Krankheit deſſelben das Recht, in der erſten Claſſe ihre Befriedigung zu erhalten, beygelegt. Man rechnet dahin nicht nur die Arzeneyen, deren der Schuldner in der letzten Krankheit bedürftig war, ſondern auch alle andere Koſten, welche die letzte Krankheit des Schuldners erforderte, z. B. den Lohn derjenigen, welche dem kranken Schuldner aufwarteten; das, was die Krankheitsſpeiſen koſteten; u. ſ. f. Ja, man geht noch weiter, und rechnet ſogar den Lohn des Fuhrmanns hierher, welcher den Arzt herbey hohlen, oder auch den Schuldner in ſeiner Krankheit ausfahren muſste, und andere dergleichen ſich nur auf eine entfernte Weiſe auf die Krankheit des Schuldners beziehende Koſten. [u])

So wenig ich es auch wage, dieſes Privilegium der Koſten der letzten Krankheit des Schuldners auſser dem Arztlohne anzufechten, [v]) ſo muſs ich jedoch erinnern, daſs in Anſehung derſelben ein gleicher Unterſchied, wie bey dem Arztlohne, gemacht werden müſſe, indem ein gleicher Grund ihres Vorrechts vorhanden iſt, und daher auch gleiche Grundſätze gelten müſſen.

u) *Anton a Mara* in *Tr. de concurſu creditor.*, p. 56; *Gmelin a. a. O.*, Seite 94 und 95.

v) Zwar will *Anton a Mara*, *a. a. O.*, das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit des Schuldners nicht anders gelten laſſen, als wenn ſolches durch ein beſonderes Landesgeſetz, oder durch ein von der unverdenklichen Verjährung bekräftigtes Gewohnheitsrecht beſtätigt iſt: allein ich möchte faſt behaupten, daſs es in Deutſchland nur da wegfalle, wo, durch Landesgeſetze den Koſten der letzten Krankheit des Schuldners ein Platz in der vierten Claſſe angewieſen iſt. Vergleiche *Walch a. a. O.*, §. 17, wo ſich davon Beyſpiele finden. Die ſtatutariſchen Rechte, welche dem Arztlohne in der erſten Claſſe ſeinen Platz anweiſen, erwähnen auch faſt alle mit einander der übrigen auf die letzte Krankheit des Schuldners verwendeten Unkoſten, und legen auch dieſen das Recht der Befriedigung in der erſten Claſſe bey.

Ausser den Unkosten der letzten Krankheit des Schuldners erhält auch nach dem allgemeinen Herkommen in Deutschland

D. das rückständige Liedlohn in der ersten Classe beym Concurse seine Befriedigung. Schon der Sachsenspiegel, B. I, Art. 22, gedenkt dieses Vorzugsrechts des Liedlohns in den Worten: von dem Erbe soll man allererst dem Gesinde geben ihren Lohn, als es ihnen gebührt, und auch die Billigkeit erheischt es, ob es gleich darum doch in den gemeinen Rechten nicht bestätigt ist, sondern sich bloss auf ein Herkommen begründet.

Unter Liedlohn w) versteht man denjenigen Lohn, welchen der Schuldner seinen Dienstboten für die ihm oder den Seinigen, oder in seinen Angelegenheiten geleisteten Dienste schuldig ist. Unter der Benennung der Dienstboten oder des Dienstgesindes werden nicht bloss die Dienstleute der niedern Classe, z. B. Knechte, Mägde u. s. f. begriffen, sondern auch die der höhern Classe, z. B. Informatoren, Secretäre u. dgl., sind darunter enthalten, x) obgleich im gemeinen Leben und nach dem Sprachgebrauche nur die erstern darunter verstanden werden. Aber nicht jede Person, welche dem Schuldner Dienste leistete, kann zu dessen Gesinde oder Dienstboten, wenigstens nicht in so fern gerechnet werden, dass der derselben gebührende Lohn einen Vorzug beym Concurse genösse, sondern sie muss in des Schuldners Lohn und Brod seyn, das heisst: es muss der Schuldner derselben neben dem für ihre Dienste zu leistenden Lohne auch noch die Unterhaltung schuldig seyn. Uebrigens kommt aber nichts darauf an: ob der Schuldner den Unterhalt in Natur leistet, oder ein so genanntes Kostgeld giebt; ob dieses mit dem eigentlichen Liedlohne zusammen geworfen und mit demselben, oder besonders verabreicht wird. Aus diesem Grunde können auch die Comödianten, wenn über das Vermögen eines Comödien-Entre-

w) Wegen der Etymologie dieses Worts ist *Wachter* in seinem *Glossar. German.*, voc. *Lid.*, p. 975; *Spelmann* im *Glossar.*, v. *litus;* und *du Fresne* im *Glossar.*, T. IV, p. 120, nachzusehen.

x) Dies stimmt vollkommen mit der Ableitung des Worts: Gesinde, von dem alten Worte: *Gasindus*, überein. Vergleiche *du Fresne a. a. O.*, voc. *Gasindium.*

preneurs ein Concurs entsteht, sich unter das Gesinde rechnen, ihren Lohn als Liedlohn liquidiren, und verlangen, daſs demselben das Vorrecht des Liedlohns beym Concurse zugestanden werden soll. y) — Und ein Gleiches gilt in Ansehung der Buchhalter, Factore u. s. f. des Schuldners, welche meistenTheils ihren Unterhalt mit in den Gehalt eingerechnet bekommen. z)

Aus diesen Grundsätzen lassen sich nun auch leicht die beyden streitigen Fragen beurtheilen: ob 1. das Salarium der Advocaten und Notarien, welche dem Schuldner Dienste geleistet haben, ingleichen 2. das Handwerkslohn, welches der Schuldner schuldig geblieben ist, zu dem Liedlohne gerechnet werden könne, und sich mit demselben gleicher Vorzüge beym Concurse zu erfreuen habe. Das Salarium der Advocaten kann durchaus nicht als Liedlohn angesehen werden, obgleich *Beuther* a) solches behauptet, — auch dann nicht einmahl, wenn ein solcher Advocat von dem Schuldner zur Führung seiner Prozesse gegen ein jährliches fixes Salarium angenommen worden ist, denn der Begriff vom Liedlohne und dessen Erfordernissen paſst hier nicht. b) — Und eben das gilt von dem Handwerkslohne, auch dann, wenn die Handwerker während der Zeit, während welcher sie dem Schuldner Dienste leisteten, wären beköstigt worden; denn Essen und Trinken macht im juristischen Sinne noch nicht einen vollen Unterhalt aus. c)

In Ansehung des Vorzugsrechts des Liedlohns beym Concurse kommt 1. nichts darauf an, ob der, welcher dasselbe fordert, ein Fremder oder ein Verwandter des Schuldners ist; voraus gesetzt, daſs er nur für die dem Schuldner geleisteten Dienste einen Lohn fordern kann, und darzuthun im

y) *von Zangen Sammlungen einiger praktischen Rechtserörterungen*, Meditat. 4. Was hier von Comödianten behauptet wird, muſs auch von Gauklern, Taschenspielern und andern dergleichen Personen gelten, wenn auch sonst zwischen ihnen und den Comödianten ein Unterschied gemacht wird.

z) *Gmelin a. a. O.*, S. 104.

a) *De iure praelationis inter concurrentes creditores*, L. I, Cap. XXVIII.

b) *Franc. Iust. Kortholt de iure salarii advocatorum in concursu creditorum*, Giessae 1770, §. 16.

c) *Georg Ludw. Böhmer de iure mercedis opificum in concursu creditorum*, §. 15; in *Elect. iur. civil.*, Ex. XII. Eben so wenig kann auch das rückständige Arztlohn diesen Vorzug genieſsen, wenn auch der Arzt ein so genannter Hausarzt des Schuldners war und dafür eine jährliche Besoldung genoſs.

Stande ist, dass er in des Schuldners Kost und Brod gewesen. Unstreitig geniessen daher auch selbst die Kinder des Schuldners, in so fern sie nur überhaupt wegen der demselben geleisteten Dienste einen Lohn fordern können, [d]) in Ansehung desselben, das dem Liedlohne beygelegte Privilegium. [e]) So kommt auch ferner 2. nichts darauf an, ob die Quantität des Liedlohns bedungen oder nicht bedungen ist, sondern erst von dem Richter bestimmt werden muss. [f]) Es relevirt auch nach dem gemeinen Rechte 3. nichts, ob das rückständige Liedlohn von einem oder mehrern Jahren ist; ob das Dienstgesinde zu der Zeit, als der Concurs ausbrach, sich noch in dem Dienste des Schuldners befand oder denselben bereits verlassen hatte; [g]) ob endlich das Dienstgesinde, welches den Lohn fordert, in Beziehung auf den Schuldner, nothwendiges oder vielmehr überflüssiges Gesinde gewesen ist. [h]) Auf allen Fall darf jedoch das Dienstgesinde sich den rückständigen Liedlohn von dem Schuldner nicht haben verzinsen lassen, indem alsdann eine Verwandlung desselben in ein Darlehn entsteht, und folglich aller Vorzug im Concurse aufhören muss. [i])

Ob das Dienstgesinde des Schuldners beym Concurse über dessen Vermögen auch dieses Vorzugsrecht wegen desjenigen Liedlohns geniessen müsse, welches erst nach dem Ausbruche des Concurses fällig geworden ist, ist streitig. *Gmelin* [k]) läugnet es, aus dem Grunde, weil nach entstandenem Concurse keine stillschweigende Miethung der Dienste mehr Statt habe; allein dies ist gar kein Grund. Wie hört denn durch den Ausbruch des Concurses

d) *David Georg Struben* in s. *rechtl. Bedenken*, Th. 3, No. 49; *Harprecht* in D. *de salario pro operis liberorum praestando*, §. 26. Kinder können nur dann für die den Eltern geleisteten Dienste einen Lohn fordern, wenn sie im Stande waren, sich bey andern Leuten durch ihre Dienstleistung etwas zu erwerben, von den Eltern aber zu ihren Diensten zurück behalten und als Dienstgesinde gebraucht worden.

e) *Gmelin a. a. O.*, S. 106.

f) *Lauterbach* in *Colleg. theor.-pract.*, Tit. *de reb. auct. iud. possid.*, §. 31.

g) Auch dann, wenn es den Dienst verlaufen hat, kann demselben der Vorzug wegen des Liedlohns beym Concurse nicht streitig gemacht werden, indem diese Handlung den Verlust dieses Privilegiums nicht nach sich zieht, sondern das Dienstgesinde bloss der Herrschaft zum Schadensersatze verbunden wird.

h) *Gmelin a. a. O.*, S 103.

i) *Arg.* L. 7, §. 2 *D. depositi.*

k) *A. a. O.*, S. 108.

das Recht des Schuldners auf, Dienstboten zu miethen und ihnen einen Lohn zu versprechen? Wie kann man ferner denjenigen, welcher erst nach dem Ausbruche des Concurses eine Forderung an dem Schuldner erhält, von der Theilnahme an der Concurs-Masse ausschliessen? — Und passt endlich nicht der Grund, warum das Liedlohn beym Concurse ein Vorzugsrecht in der ersten Classe geniesst, auch auf das Liedlohn, welches der Schuldner erst nach entstandenem Concurse den Dienstboten schuldig wird?

Ich glaube, man muss hier unterscheiden zwischen solchem Liedlohne, welches in einem von dem Schuldner vor entstandenem Concurse abgeschlossenen Mieths-Contracte seinen Grund hat, und einem solchen, welches durch einen erst nachher eingegangenen Mieths-Contract begründet wird. Das erstere muss allerdings beym Concurse in der ersten Classe befriedigt werden, ohne Unterschied, ob es vor oder nach dem Ausbruche des Concurses fällig geworden ist. Dem letztern aber würde ich um desswillen nicht nur das Vorzugs-, sondern auch überhaupt das Befriedigungsrecht bey dem gegenwärtigen Concurse absprechen, weil der Schuldner nach dem Ausbruche des Concurses nichts mehr unternehmen darf, was sein Vermögen zum Nachtheile seiner Gläubiger beschwert; denn können gleich Forderungen, die erst, nachdem der Concurs schon ausgebrochen ist, entstehen, an der jetzigen Concurs-Masse geltend gemacht werden, so versteht sich doch solches immer unter der Bedingung, wenn diese ohne Mitwirkung des Schuldners entstanden sind.

Zu dem Liedlohne muss nicht nur das baare Geld, welches Dienstboten für die dem Schuldner geleisteten Dienste empfingen, gerechnet werden, sondern auch alles Uebrige, was ihnen in Rücksicht auf dieselben war versprochen worden oder nach dem Herkommen gegeben werden muste, und sie als ein Zubehör ihres Liedlohns *iure perfecto* fordern konnten, z. B. die Livrée der Bedienten, andere Kleidungsstücke, Schuhe, Leinwand, Weihnachtsgeschenke, u. d. m. Andere Forderungen hingegen, welche Dienstboten aus einem andern Grunde an den Schuldner etwa machen könnten, gehören nicht hierher. Sollte indess dem Dienstboten statt der wirklichen Beköstigung ein Kostgeld versprochen worden seyn, so glaube ich, dass es der Billigkeit gemäss ist, wenn man demselben neben dem Liedlohne ebenfalls

in der ersten Classe seinen Platz anweiset. Ausgemacht ist es übrigens, dass das, was ein Dienstherr von seinen Dienstboten vermittelst der aus dem Mieths-Contracte entspringenden Klage fordern kann, beym Concurse über dessen Vermögen sich keines Vorzugsrechts in dieser Classe zu erfreuen habe. Aus der Natur und Eigenschaft dieses Privilegiums des Liedlohns fliesst es auch, dass, wenn jemand für den Schuldner das rückständige Liedlohn entrichtet hat, er, wenn er solches beym Concurse liquidirt, auf dieses Vorzugsrecht nicht Anspruch machen könne.

In der ersten Classe steht endlich noch nach gemeinen Rechten

E. der Fiscus wegen der rückständigen Steuern und Abgaben. Er hat, wie ich oben, (S. 218,) gezeigt habe, nur deswegen eine privilegirte Hypothek, und würde folglich erst in die zweyte Classe gesetzt werden müssen: allein die Praxis hat ihm das Recht der ersten Classe ertheilt, ohne dass weiter auf die Art der Abgaben Rücksicht genommen wird, ob sie ordentliche oder ausserordentliche sind, sie mögen gefordert werden, unter welchem Nahmen sie wollen, so wenig sich auch dieses nach dem Römischen Rechte vertheidigen läst. Nur denjenigen Steuern und Abgaben, welche vor entstandenem Concurse fällig geworden sind, gebührt dieses Vorzugsrecht, denn diejenigen, welche nach dem Ausbruche des Concurses allererst fällig werden, müssen aus der Concurs-Masse als eine auf dem Vermögen des Schuldners haftende Last entrichtet werden. Da wegen der rückständigen Steuern Verzugszinsen entweder nie begehrt, oder doch nach dem Gerichtsbrauche nicht zugesprochen zu werden pflegen, so kann das mehrgedachte Vorzugsrecht des Fiscus nur den Steuern als solchen beygelegt werden. Eine andere Frage ist es jedoch, ob, wenn der Fiscus von denjenigen, die diese Steuern und Abgaben einzufordern haben, wegen ihrer begangenen Nachlässigkeit Zinsen fordert, wozu er, vermöge der Analogie der *L.* 17, §. 7 *D. de usur. et fructib.*, sehr wohl befugt ist, wenn über deren Vermögen ein Concurs entsteht, in Ansehung derselben auf dieses Vorzugsrecht Anspruch machen könne. Nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer, [1]) welcher

1) *Berger*, *Elect. Disc. forens.*, Suppl. II, II, Dec. 162; u. a. m. No. V, ad Obs. 7; *Mevius*, in *Decis.*, P.

auch der Gerichtsbrauch zur Seite ſteht, iſt dieſe Frage um deſswillen zu verneinen, weil der von ſeinen Beamten begangene Verzug in Beytreibung der Steuern dem Fiscus viel mehr als den übrigen Gläubigern nachtheilig ſeyn muſs. So viel iſt indeſs gewiſs, daſs die auf die Einforderung der Steuern verwendeten Unkoſten mit denſelben gleichen Vorzug beym Concurſe genieſsen. m)

Landſtädte und Mittelbare von Adel, wenn ſie aus den Gütern der reſpective Bürger und Unterthanen Steuern und Abgaben zu fordern haben, können wegen derſelben ſo wenig auf das mehrgedachte Vorzugsrecht des Fiscus als auf einen Platz in der erſten Claſſe Anſpruch machen.

Von den bisherigen Forderungen iſt es unbeſtritten, daſs ihnen in der erſten Claſſe ein Platz gebührt; hingegen giebt es aber noch eine Menge anderer, worüber die Rechtslehrer ſehr in ihren Meinungen verſchieden ſind, ob ſolche in der erſten oder einer der hinten folgenden Claſſen ihren Platz angewieſen erhalten müſſen. Dahin gehören: 1. rückſtändiger Zins, (*Cenſus,*) und Laudemien - Gelder. Wenn ich mich hier des Ausdrucks: Zins, bediene, ſo verſtehe ich darunter bloſs denjenigen, der die Natur eines Bekennegeldes, (*Canon,*) hat, nicht den, welcher als eine Pachtvergeltung, (*Locarium,*) anzuſehen iſt; denn in Anſehung des letztern iſt es unſtreitig gewiſs, daſs demſelben nicht in der erſten Claſſe die Befriedigung gebührt, ſondern daſs ihm derjenige Platz angewieſen werden muſs, der einem Verpachter wegen des rückſtändigen Pachtgeldes zukommt. n)

Der gröſste Theil der Rechtslehrer o) räumt ſo wenig dem rückſtändigen Zins, als den Laudemien - Geldern, die der Schuldner reſtirt, einen Platz in der erſten Claſſe ein, indem die Geſetze dergleichen Präſtationen bloſs ein ſtillſchweigen des Pfandrecht, p) nicht aber ein Vorzugsrecht beym Concurſe, geſchweige denn

m) *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 119.

n) *Juſtus Friedrich Runde Grundſätze des allgemeinen Deutſchen Privat - Rechts*, §. 515.

o) Vergleiche *Walch* in *Introd. in controverſ. iur. civil.*, wo die vorzüglichſten Rechtslehrer, welche hierher gehören, angeführt ſind.

p) *L.* 31 *D. de pignor. L.* 1 *D. in quib. cauſ. pign. L.* 15 *D. qui potior. in pignor. Carl Henr. Geisler de hypotheca tacita domini ex cauſa canon. emphyteutici*, Erlang. 1779. Indeſs fehlt es auch nicht an Rechtslehrern,

einen Platz in der ersten Classe anweisen. Hingegen behauptet *Walch* q) das Befriedigungsrecht derselben in der ersten Classe aus dem Grunde, weil das Recht, Canon- und Laudemien-Gelder zu fordern, ein Ausfluss des Obereigenthums sey, welches dem Gläubiger an dem Prädium des Schuldners zuständig wäre, und das durch nichts zu seinem Nachtheile belästigt werden könnte. Er begründet sich dabey auf die Entscheidung des Römischen Rechts, und zwar insbesondere der *L.* 17 *D. de pignorat. act.*, eines Rescripts der Kaiser *Severus* und *Antoninus*, wo zwar die Verpfändung eines *Praedii vectigalis* und *superficiarii* erlaubt wird, jedoch mit der Einschränkung: *ut eiusmodi fundi saltem sine deminutione mercedis soli obligarentur.*

Ziehe ich die Sache in genaue Erwägung, so finde ich mich allerdings geneigt, *Walchs* Meinung beyzutreten, und den mehrgedachten Präftationen ihre Befriedigung in der ersten Classe anzuweisen. Ohne mich erst über den Streit: ob der Obereigenthümer wegen des emphyteutischen Canons und der Laudemien-Gelder ein Pfandrecht nach dem Römischen Rechte geniesse, und von welcher Beschaffenheit dasselbe sey; welches bey der vorliegenden Frage doch wenig oder gar nichts releviren kann, weitläuftig zu verbreiten, will ich hier nur bemerken, dass sich aus der Verfügung der Kaiser *Severus* und *Antoninus* in der *L.* 17 *D. de pignor. act.* dieses Vorzugsrecht ohne alle weitere Rücksicht ganz gut vertheidigen läst, welches einem jeden, der nur die Verordnung dieses Gesetzes mit der unmittelbar vorauf gehenden *L.* 16, §. 2 *D. eod.*, worauf sich solche bezieht, genau vergleicht, sogleich einleuchten wird. In der eben gedachten *L.* 16, §. 2 *D. de pignor. act.* heisst es: *Etiam vectigale praedium pignori dari potest, sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.* Nach diesem Gesetze wird die mit einem Gute, das sich im getheilten Eigenthume befindet, von dem, welcher das nutzbare Eigenthum hat, vorgenommene Verpfändung für gültig erklärt, oder vielmehr demselben das Verpfänden des Guts erlaubt; allein doch soll diese Verpfändung, nach *L.* 17 *eod.*, für den Obereigenthümer in Ansehung derjenigen Leistungen, welche er vermöge des Obereigenthums fordern kann, nicht den mindesten

welche von dieser Hypothek gar nichts wissen wollen. Man sehe unter mehrern *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, §. 288.

q) *A. a. O.*

Nachtheil haben. *Ut sine deminutione mercedis soli obligarentur*, heisst es in der *L.* 17 *D. eod.* mit dürren Worten. Und dass hier unter *Merces* solche Leistungen verstanden werden, die vermöge des Obereigenthums gefordert werden können, ist unstreitig gewiss, man wollte denn das Gesetz, ohne allen Zusammenhang mit dem vorauf gehenden, worin es doch wesentlich steht, erklären.

Soll nun aber, nach der deutlichen Verordnung der Gesetze, der Obereigenthümer wegen der Prästationen, die er kraft seines Obereigenthums zu fordern berechtigt ist, auch vor den mit einem Pfandrechte versehenen Gläubigern den Vorzug haben, so hat er ihn gewiss vor den Personal-Gläubigern, — so gebührt ihm unstreitig ein Platz in der ersten Classe, und bedarf es weiter keiner Untersuchung, ob er mit einem Pfandrechte versehen ist oder nicht.

Ferner 2. streitet man sich darüber: ob dem so genannten Erbegelde ein Platz in der ersten Classe gebühre. Ehe wir uns in eine Prüfung dieser Frage einlassen können, müssen wir zuvörderst von dem Erbegelde selbst das Nöthige vorauf gehen lassen.

Unter Erbegeld, (*Pecunia hereditaria*,) versteht man eine gewisse Summe Geldes, welche ein Erbe von den unbeweglichen Gütern, welche ihm bey der Erbschaftstheilung zugesprochen worden sind, seinen Miterben zu einer bestimmten Zeit leisten muss. r) Das Erbegeld ist, wie sich aus dem eben davon gegebenen Begriffe ergiebt, eine wirkliche Geldschuld, und daher pflegt auch in Ansehung desselben die Frage aufgeworfen zu werden: in welcher Münzsorte dasselbe entrichtet werden müsse, wenn solches bey dem Zuschlage der unbeweglichen Erbschaftsstücke nicht bestimmt ist; welche dahin entschieden werden muss, dass die Entrichtung in der bey der Taxation zum Grunde gelegten Münzsorte geschehen müsse. s) Der Zweck bey der Bestellung eines solchen Erbegeldes ist, in Ansehung der Erbschaft eine Gleichheit unter den mehrern vorhandenen Erben zu erhalten, und kann daher das Erbegeld nur unter Miterben gedacht werden. Uebrigens aber kommt

r) *Lüder Mencken* in D. *de pecunia hereditaria*, C. 1, §. 4; *Io. Bernh. Friese de pecunia hereditar.*, Thes. I, p. 3. Auch die besonderen Gesetze, die des Erbegeldes erwähnen, legen dabey immer diesen Begriff zum Grunde.

s) *Joh. Ludwig Schmidt* in seinen *rechtlichen Entscheidungen*, Abschn. 2, S. 372.

heutiges Tages nichts darauf an, ob es Miterben *ab intestato*, oder aus einem Testamente sind, unter welchen das Erbegeld fest gesetzt worden ist, so wenig auch dieses dem Geiste des ältern Deutschen Rechts angemessen ist, ingleichen von welcher Art und Gattung die Miterben sind. Eben so kommt auch darauf nichts an, ob der Zuschlag gerichtlich oder aussergerichtlich, ob er bey Lebzeiten des Erblassers und unter dessen Direction oder nach seinem erfolgten Ableben geschehen ist. Und ist nun dieses Erbegeld einmahl fest gesetzt, so kann auch nichts darauf ankommen, ob ein Fremder das Erbe an sich kauft, in die Stelle des Erben tritt und sich zur Entrichtung des Erbegeldes verpflichtet, oder ob selbst der Miterbe es ist, welcher dazu verbunden ist. [t])

Sonst ist es bey der Bestellung des Erbegeldes natürlich, dass das unbewegliche bey der Erbschaftstheilung zugeschlagene Gut dem Miterben, der das Erbegeld entrichten soll, übergeben und eigenthümlich überlassen werden muss. [u])

Nun zur Untersuchung der oben erwähnten Frage selbst, die ich nicht besser anstellen zu können glaube, als wenn ich zuvor die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer darüber nebst ihren Gründen vorauf gehen lasse.

Leyser, [v]) *Puffendorf*, [w]) *Walch*, [x]) und andere Rechtslehrer [y]) mehr, gestehen nach dem gemeinen Rechte dem Erbegelde beym Concurse in der ersten Classe die Befriedigung zu. Es ist bekannt, sagen sie, dass, nach *L. 1 C. de donat. quae sub modo*, das Eigenthum wieder auflebt und die Reivindication begründet wird, wenn der andere die Bedingungen nicht erfüllt, unter welchen dasselbe auf ihn übergetragen worden ist. Eben dies ist nun der Fall bey dem Erbegelde. Dem Miterben wurde das Eigenthum der unbeweglichen Erbschaftssache unter der Bedingung überlassen, wenn er dagegen eine bestimmte Summe Geldes, und zu einer bestimmten Zeit, an die Miterben entrichten würde. Dies ist ja aber

t) *Carl Friedr. Walch* in D. *de privilegio pecuniae hereditariae in concursu creditorum*, Ien. 1776.

u) *Walch a. a. O.*, §. 13.

v) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 483, Med. 1.

w) In *Obs. iur. univers.*, T. I, p. 284.

x) In der Dissertation *de privilegio pecuniae hereditariae in concursu creditorum*, §. 21, und in seiner *Introduct. in controvers. iur. civil.*, p. 794

y) Eine reiche Nachlese findet sich davon bey *Walch a. a. O.*

nun nicht geschehen, mithin muſs das Miteigenthum der Miterben an dieſem Erbſchaftsſtücke reviviſciren, und ſie würden daher, wenn man es ſtrenge nehmen wollte, ſogar berechtigt ſeyn, mit der Eigenthumsklage die Sache aus der Concurs-Maſſe zurück zu fordern. *Videtur ergo*, ſagt insbeſondere Leyſer von dem Miterben, der wegen des Erbegeldes als Gläubiger auftritt, *extra concurſum inter eos, qui iure dominii res ſuas repetunt, collocandus eſſe. Sed uſu obtinuit, ut ſaltem in prima claſſe collocetur.* Einige von dieſen Rechtslehrern wollen vorzüglich aus dem Deutſchen Rechte dieſes Privilegium abgeleitet wiſſen, und zwar aus dem Miteigenthume, das auch nach der Theilung den Miterben an der einem zugeſchlagenen Erbſchaftsſache verblieb.

Was die Natur und Eigenſchaft dieſes vorgeblichen Privilegiums des Erbegeldes betrifft, ſo hat es damit, nach der Meinung dieſer Rechtslehrer, folgende Bewandtniſs: [z]) 1. Dieſes Privilegium ruht auf dem zugeſchlagenen Erbe gegen Erlegung des Erbegeldes, und kann daher nicht anders Statt haben, als wenn daſſelbe ſich zur Zeit des Concurſes noch in dem Vermögen des Schuldners befindet. Es muſs daher immer der Miterbe des Schuldners, welcher dergleichen Erbegelder beym Concurſe liquidirt und ſich auf dieſes Vorzugsrecht beruft, beweiſen, daſs das Erbe noch unter dem Vermögen des Schuldners befindlich ſey; und wenn er ſolches kann, ſo muſs ihm entweder pure, oder auch bis auf beſſern Beweis ſein Platz unter den chirographariſchen Gläubigern angewieſen werden. 2. Das Privilegium des Erbegeldes kann nur in ſo weit Statt haben, als die Entrichtung deſſelben aus dem noch unter des Schuldners Vermögen befindlichen Erbe geſchehen kann. In Anſehung des Ueberſchuſſes genieſst der Gläubiger kein Vorzugsrecht. [a]) 3. Es findet das mehrgedachte Privilegium des Erbegeldes nicht Statt, ſo bald ſich der Miterbe, dem es entrichtet werden ſollte, zur Sicherheit deſſelben ein Eigenthum oder eine Hypothek bedungen hat; ſo oft er ſich davon Zinſen hat verſprechen laſſen; und endlich, ſo oft mit dem Erbegelde eine Novation vorgegangen iſt. Denn im erſten Falle bedarf er theils dieſes Privilegiums nicht, [b]) theils leiſtet er darauf durch die Beſtellung einer

z) Vorzüglich hat Walch dieſe Erforderniſſe in der angeführten Diſſertation entwickelt.

a) Erkenntniſſe, welche auf dieſe Grundſätze gebauet ſind, finden ſich bey Walch in der angeführten Diſſertation, §. 16, Not. g.

b) Denn hier würde der Gläubiger ſich mit allem Rechte zu den Vindicanten rech-

Hypothek Verzicht; [c]) im zweyten Falle gebührt ihm wegen des Wuchers und der dadurch hervor gebrachten Verwandlung des Erbegeldes in ein Anlehn sein Platz unter den chirographarischen Gläubigern; [d]) und im dritten Falle verliert er das Privilegium um deſswillen, weil er das Erbegeld nicht mehr in dieser Eigenschaft, sondern nur unter einem andern Nahmen fordern kann. Insbesondere ist dies der Fall, wenn er sich über das Erbegeld einen Wechsel hat ausstellen lassen. [e])

So wie das Befriedigungsrecht des Erbegeldes in der ersten Classe von den angesehensten Rechtslehrern nach dem gemeinen Rechte vertheidigt wird, so fehlt es dagegen auch nicht an Männern von Gewicht, [f]) die dasselbe nicht anders gestatten wollen, als wenn es durch Landesgesetze bestätigt ist, nach dem gemeinen Rechte aber es darum für ungereimt erklären, weil nach demselben der Erbe, der seinem Miterben etwas von der Erbschaft gegen einen gewissen Preis überläſst, nicht anders als ein Verkäufer angesehen werde, und daher mit diesem auch nur gleiche Rechte beym Concurse genieſsen könne.

So sehr ich auch davon mich überzeugt halte, daſs bey vielen Vorzugsrechten im Concurse so wenig eine Widerlegung als eine richtige Ableitung möglich ist, so wenig kann ich mich doch dazu verstehen, dem Erbegelde das Befriedigungsrecht bey Concursen in der ersten Classe zuzugestehen. Zweyerley ist nur möglich, um einer Forderung ein Vorzugsrecht in dieser Classe zu ertheilen, nämlich: ein Gesetz macht sie zu einer absolut-privilegirten Forderung; oder der allgemeine Gerichtsbrauch. Beydes läſst sich, — man fange es an wie man wolle, — in

nen können. Daſs er freylich besser fährt, wenn er es thut, als wenn er an das Privilegium des Erbegeldes glaubt, wird sich in der Folge zeigen.

c) *Walch a. a. O.*, §. 17. Anderer Meinung ist jedoch *Puffendorf* in *Obs. iur. univ.* T. I, Obs. 103, p. 184, welcher die Reservation einer Hypothek zum Genusse dieses Privilegiums als durchaus nothwendig ansieht.

d) *Leyser a. a. O.; Struben rechtliche Bedenken*, Th. 4, S. 274; *Walch a. a. O.*, §. 18, welcher jedoch Verzugszinsen zuläſst.

e) *Lüder Mencken a. a. O.; Walch a. a. O.* Auſser den hier angeführten Fällen, in denen das Privilegium des Erbegeldes verloren gehen soll, werden von den Rechtslehrern noch andere in Menge angegeben, deren Ungereimtheit aber *Walch a. a. O.* hinlänglich gezeigt hat.

f) Mit Vorübergehung älterer Rechtslehrer, die bey *Leyser* und *Walch* nachgesehen werden können, will ich hier nur auf *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 139, aufmerksam machen.

Ansehung des Erbegeldes nicht beweisen. Aus dem gemeinen Rechte kann jenes Privilegium so wenig directe als indirecte hergeleitet werden. Das Römische Recht weiss davon nichts, und aus dem Deutschen Rechte lässt sich eben so wenig desshalb Raths erhohlen. Zugegeben auch, dass, nach Deutschen Rechten, bey der Erbschaftstheilung auch nach Vollendung derselben, in Ansehung der einem Erben adjudicirten Erbschaftsstücke, die übrigen im Miteigenthume verblieben; wie lässt sich denn daraus das angebliche Privilegium des Erbegeldes als etwas, was Deutschen Ursprungs und in Deutschen Rechten gegründet ist, beweisen? Es folgt daraus nichts mehr und nichts weniger, als dass man dem Miterben die Eigenthumsklage zur Verfolgung seines Anspruchs würde zugestehen müssen. Und wie passt endlich das, was in dem Deutschen Rechte vom Miteigenthume der Erben verfügt gefunden wird, auf unsre Zeiten, da wir, wenigstens unter Privat-Personen, allgemein das Erbrecht, und die Wirkungen, die dasselbe mit sich bringt, nach dem Römischen Rechte beurtheilen, das mit einem solchen Miteigenthume ganz unbekannt ist.

Die *L. 1 C. de donat. quae sub modo* giebt gar keinen Beweis für die Sache ab: denn 1. hat dieses Gesetz die Begünstigung der Alimente besonders zum Zwecke, und lässt sich daher die Verfügung desselben nicht wohl auf andere Fälle ausdehnen; und gesetzt auch, dass dieses anginge, so würde daraus 2. nichts mehr und nichts weniger, als dieses folgen, dass die Miterben, an welche das Erbegeld ausgezahlt werden sollte, die dem Schuldner zugeschlagene unbewegliche Sache aus einem Eigenthumsrechte in Anspruch nehmen, und sich der Einlassung in den Concurs gänzlich enthalten könnten.

Aber der Gerichtsbrauch! — Auch damit sieht es sehr misslich aus, man wollte ihn denn in blosse Meinungen der Rechtslehrer setzen. In den Ländern, wo besondere Landesgesetze vorhanden sind, welche dem Erbegelde das Vorrecht, in der ersten Classe befriedigt zu werden, beylegen, geniesst freylich dasselbe dieses Vorrecht, allein ja nicht nach dem Gerichtsbrauche, sondern vermöge der Gesetze. In andern Deutschen Reichslanden, wo man den Meinungen der Sächsischen Rechtslehrer sehr anhängt und deren Behauptung als gemeines Recht oder als gemeinen Gerichtsbrauch ansieht, g) ist dies auch wohl der Fall:

g) Verschiedene Rechtslehrer, z. B. *Martini*, in *Processu*, T. 42, §. 8, No. 40; und

aber dagegen giebt es nun auch Länder genug, wo das mehrgedachte Privilegium des Erbegeldes ganz unbekannt ist, und ich möchte wohl behaupten, daſs die Zahl derjenigen Deutschen Länder, wo man von diesem Privilegium nichts weiſs, unweit gröſser ist, als derer, wo das Erbegeld dasselbe genieſst. Will man aber ein Vorrecht beym Concurse aus einem allgemeinen Gerichtsbrauche ableiten, so muſs sich doch wenigstens eine Uebereinstimmung in Ansehung dieses Punkts entweder in allen oder doch in den meisten Deutschen Provinzen aufweisen lassen, welches hier aber offenbar nicht der Fall ist.

Mit allem Rechte kann man daher behaupten: Das Erbegeld genieſst nach gemeinen Deutschen Rechten keinen Vorzug in der ersten Classe beym Concurse, wenn ihm dasselbe nicht durch besondere Landesgesetze beygelegt worden ist oder in einem Lande das Herkommen solches begründet.

Nach besondern Landesgesetzen und nach dem Herkommen giebt es noch eine Menge anderer Forderungen, denen in der ersten Classe die Befriedigung gebührt. So z. B. geht das, was zum Baue und zur Erhaltung der Deiche an baarem Gelde, Materialien und Arbeitslohn creditirt worden ist, bey entstehendem Concurse über das deichpflichtige Vermögen, nach dem durch die Deichordnungen bestätigten allgemeinen Herkommen, allen andern Forderungen ohne Ausnahme vor. [h])

Wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger dieser Classe nicht hinreichend ist, so entsteht die Frage: wie, in Ermangelung besonderer Landesgesetze, die Bezahlung geschehen müsse. *von Balthasar* [i]) unterscheidet bey der Concurrenz der Gläubiger in dieser Classe drey Fälle, nämlich: 1. Wenn die Concurrenz bloſs Gläubiger, die aus verschiedenen Gründen Ansprüche an den Schuldner machen, betrifft, z. B. die, welche etwas als Leichenkosten zu fordern haben, Dienstboten wegen ihres Liedlohns u. s. w. Hier, behauptet er, müsse die Befriedigung nach der Ordnung geschehen, wie sie auf einander folgen. 2. Wenn die Concurrenz Gläubiger betrifft, die aus einem und eben demselben Grunde Ansprüche an den Schuldner machen, z. B. mehrere Leichen-

Hahn ad Wesenbec., Tit. *de privil. creditor.*, No. 2, halten daher das Privilegium des Erbegeldes für bloſses Sachsenrecht.

h) *Runde Deutsches Privat-Recht*, §. 126.

i) In *Collat. iuris commun. cum iure Saxon.*, *Lubecens.* etc., *qua classificationem creditorum in concursu*, p. 46.

gläubiger oder mehrere Dienſtboten. Hier, glaubt er, müſſe bey der Befriedigung auf die Erſtigkeit der Zeit Rückſicht genommen werden. Endlich 3. wenn ſich die Concurrenz unter mehrern in dieſe Claſſe gehörigen Gläubigern ereignet, welche aus einem und eben demſelben Grunde zwar Anſpruch an den Schuldner machen, einer oder der andere aber ſeiner Forderung eine gröſsere Beſtärkung hat geben laſſen, z. B. dieſelbe mit einem Pfandrechte u. ſ. w. verſehen lieſs. Hier iſt er der Meinung, daſs dieſer den andern, die dergleichen nicht aufweiſen können, vorgezogen werden müſſe. Nicht ſo genau hat *Gmelin* [k]) dieſen Punkt beſtimmt. Er meint, wenn Gläubiger von einer Art und Ordnung zuſammen kommen, ſo müſsten ſie nach der Regel gleich nach dem Verhältniſſe ihrer Forderungen befriedigt werden, jedoch bey denjenigen Forderungen, deren Vorzug zugleich mit einem Unterpfande verknüpft ſey, ſey der Vorzug der Zeit zu beobachten. Andere Rechtslehrer [l]) wollen unter den Gläubigern dieſer Claſſe, wenn ſie gleich mit einem Unterpfande verſehen ſind, niemahls auf die Zeit Rückſicht genommen wiſſen.

Ich bin der Meinung, daſs, wenn das ſchuldneriſche Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger dieſer Claſſe nicht zureicht, alsdann zuvörderſt die Leichenkoſten bezahlt, die übrigen in dieſe Claſſe gehörigen Gläubiger aber *pro rata* befriedigt werden müſſen. Daſs die Leichenkoſten vor allen bezahlt werden ſollen, iſt zwar ausdrücklich in den Geſetzen verordnet worden; allein der Vorzug einer der andern Forderungen in dieſer Claſſe läſst ſich auf keinen Fall erweiſen. Bey der Bezahlung der Leichenkoſten im Falle der Concurrenz mehrerer Gläubiger, die ſolche zu fordern haben, und der Unzulänglichkeit des ſchuldneriſchen Vermögens muſs es *pro rata* gehen. Ueberhaupt kann, der Natur der Sache nach, in dieſer Claſſe ſo wenig ein Pfandrecht als die Erſtigkeit der Zeit in Betrachtung kommen.

k) In der *Ordnung der Gläubiger*, S. 142. 69, No. 71 ſeq.
l) *Harprecht* in *Conſil. Tubingenſ.*, C.

ZWEYTE CLASSE,
welche die mit einem privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger enthält.

Die zweyte Classe enthält die mit einem privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger. Ich verstehe darunter alle diejenigen Pfandgläubiger, deren Pfandrechten das Privilegium ertheilt worden ist, dass sie allen andern Pfandgläubigern vorgezogen werden müssen, wenn auch diese gleich ein älteres oder öffentliches Pfandrecht erhalten haben sollten. Da sich ein solches privilegirtes Unterpfand ohne ein Gesetz nicht denken läſst, welches entweder geradezu oder unter gewissen Umständen einer Forderung solches beylegt, und kein Gläubiger sich ein Unterpfand dieser Art mit einiger Wirkung gegen die übrigen Gläubiger ausbedingen kann; so müssen alle diejenigen Gläubiger, welche in dieser Classe ihre Befriedigung verlangen, nicht nur ihre Forderung selbst, sondern auch jene von den Gesetzen erforderten Eigenschaften und Umstände erweisen, unter welchen dieselbe nur ein privilegirtes Pfandrecht genieſst. Giebt daher gleich das Gesetz einem Gläubiger ein einfaches Privilegium und ein einfaches Unterpfand; oder bedingt sich ein Gläubiger, der ein einfaches Privilegium hat, auch zugleich ein ausdrückliches Pfandrecht aus; oder läſst sich endlich ein Gläubiger, der ein stillschweigendes einfaches Unterpfand hat, noch obendrein mit einem ausdrücklichen öffentlichen versehen: so bewirkt alles dieses in Ansehung seiner kein privilegirtes Unterpfand, und eignet ihm keinen Platz in der zweyten Classe zu.

Es sind lauter Römische privilegirte Pfandrechte, welche man in dieser zweyten Classe antrifft, ausser dass durch unsre Verfassung und den Gerichtsbrauch hin und wieder etwas abgeändert oder ein Römisches privilegirtes Pfandrecht auch noch auf andere Fälle ausgedehnt worden ist. Da ich solche ausführlich im achten Kapitel, (S. 179 folg.,) abgehandelt habe, so brauche ich sie hier nur mit Beziehung auf jene Abhandlung anzuführen, und das, was abgeändert worden ist, hinzu zu fügen.

Es stehen daher in dieser Classe:

I. Alle diejenigen, welche in *restitutionem aedium* creditirt und sich ein Unterpfand ausbedungen haben, (S. 197 folg.) — Die Praxis hat das dem

baaren Gelde beygelegte privilegirte Pfandrecht auch, wider die Vorschrift des Römischen Rechts, auf die Bau-Materialien ausgedehnt.

II. Der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner eingegangenen Contracte herrührenden Forderung, in so weit die nach dem Contracte erworbenen Güter zureichen, (S. 204 folg.)

III. Der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld, (S. 220 und S. 231.)

Wir wenden das, was in den Römischen Gesetzen von dem Kriegs-Fiscus, den Primipilen und der Primipilar-Schuld enthalten ist, noch heutiges Tages auf die Kriegs-Casse, ihre Verwalter, die Proviant-Commissarien und Proviant-Meister, und das, womit diese der Kriegs-Casse aus ihrer Administration verhaftet sind, an. Nur muss man sich hüten, dass man bey der Anwendung dieser Römischen Grundsätze auf unsre Verfassung ja nicht die Grenzen einer richtigen Analogie überschreite. Denn sollte z. B. jemand der Kriegs-Casse etwas aus einer Anleihe, einem Kauf- oder andern Contracte schuldig seyn, so würde gewiss von diesem privilegirten Pfandrechte kein Gebrauch gemacht werden können: denn so wie bey den Römern der Anspruch des Kriegs-Fiscus an den Primipil aus der unterlassenen Austheilung des Proviants herrühren musste, wenn er das privilegirte Unterpfand geniessen wollte, eben so kann auch dies nur heutiges Tages in Ansehung der Kriegs-Casse der Fall seyn, und darf das privilegirte Unterpfand durchaus nicht auf andere Forderungen derselben ausgedehnt werden. Ob die andern dem Kriegs-Fiscus bey den Römern zuständigen Rechte noch heutiges Tages demselben gestattet werden können, ist unter den Rechtslehrern streitig. — Uns genügt es, die Anwendung von dem privilegirten Unterpfande gezeigt zu haben.

IV. Diejenigen, welche zur Erkaufung, Bewaffnung und Ausbesserung eines Schiffs, ingleichen zum Ankaufe einer unbeweglichen Sache Geld angeliehen und sich ein Pfandrecht ausbedungen haben, (S. 228 folg. und 230.)

V. Die rechtmässige so wohl als putative Ehefrau wegen ihres eingebrachten Heurathsguts, ingleichen die Braut wegen der voraus bezahlten *Dos*, (S. 245.)

Das *Privilegium dotis* wird nach der Praxis, gegen die Vorschrift des Römischen Rechts, auch den Kindern gestattet, wenn sie den Brautschatz

ihrer Mutter aus dem Vermögen des Vaters fordern, und daher gebührt ihnen eben so gut als der Mutter selbst ein Platz in dieser Classe. [m])

Da der heutige so genannte *Instructus muliebris* nach richtigern Grundsätzen als ein Theil des Brautschatzes angesehen werden kann, [n]) so müssen auch die in dem Römischen Rechte angeordneten Privilegien des Brautschatzes mit darüber erstreckt werden. Hingegen fallen solche in Ansehung der wirklichen Paraphernalien, und vollends in Ansehung aller und jeder Leistungen weg, die die Ehefrau sonst noch aus den Gütern des Mannes zu fordern berechtigt ist, z. B. der *Donatio propter nuptias*, der Morgengabe, u. s. f. — Nur in Ansehung des eigentlichen Dotalitiums, als eines Surrogats des Brautschatzes, müssen ohne Zweifel diese Vorrechte der Frau analogisch gestattet werden. [o])

m) Vergleiche *Westphal Pfandrecht*, S. 139; *Leyser Medit. ad Pandect.*, Spec 319, Med. 4; *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, Kap. 3, §. 5; *Zoller Exercit. an liberis intuitu bonor. matern. exist. concursu in substantia patris cum hypotheca tacita et ius praelat. competat*, Lips. 1776. — Sonst sehe man auch noch *Clauel* (Pr. *Gmelin*) *de iure dotis in concursu creditor.*, Tub. 1789, §. 4.

n) Das Gegentheil behauptet *Gmelin*, *Ordnung der Gläubiger*, S. 177, nebst andern daselbst angeführten Rechtslehrern. Allein abgesehen davon, dass der Gerichtsbrauch dem *Instructus muliebris* mit dem Brautschatze gleiche Rechte beylegt, so ergiebt sich auch die Richtigkeit meiner Behauptung nach der Theorie, wenn man nur zwischen dem *Instructus muliebris* nach dem ältern und neuern Rechte einen Unterschied macht.

o) *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, Seite 178. — Uebrigens versteht es sich von selbst, dass die Ehefrau, welche auf das Privilegium des Brautschatzes Anspruch machen und der Befriedigung in der zweyten Classe theilhaftig werden will, nicht nur, dass sie dem Manne etwas zugebracht habe, erweisen muss, sondern auch, dass das Zugebrachte ein Heurathsgut gewesen sey, und welche Grösse dasselbe gehabt habe. Denn da nach den Gesetzen alle von der Ehefrau in die Ehe gebrachte Güter im Zweifel als Paraphernalien angesehen werden, und, wenn sie die Eigenschaft des Brautschatzes haben sollen, dazu immer eine besondere Bestimmung nothwendig ist; so enthält die Einbringung des Brautschatzes allerdings eine Handlung, die nicht vermuthet werden kann, sondern immer erst bewiesen werden muss. So gewiss es ist, dass hier der Ehefrau alle nur denkbare Beweismittel zu Statten kommen müssen, ja, ihr nach dem Gerichtsbrauche sogar vieles von der sonstigen Strenge des Beweises erlassen worden ist: so streitig ist es jedoch, in wie fern das Bekenntniss des Ehemannes der Frau beym Concurse über dessen Vermögen zu Statten kommen könne. Man sehe z. B. *Müller ad Leyser Med. ad D.*, Spec. 233. Ich trete hier denjenigen unbedenklich bey, welche das Bekenntniss des Mannes alsdann für völlig gültig erklären, wenn es lange vor dem Ausbruche des Concurses und zu ei-

VI. Der Pupill in Ansehung der mit seinem Gelde erkauften Sache, (S. 229.)

Was das *Creditum in emendam militiam* betrifft, welches nach dem Römischen Rechte ein unstreitiges privilegirtes Pfandrecht wirkt, (S. 250,) und daher auch in diese Classe gesetzt werden muss, so ist es sehr streitig, ob solches überall noch anwendbar sey. Man pflegt zwar gemeinhin die Sache so vorzutragen, als wenn die Gesetze überall dem Gläubiger, der zur Erlangung öffentlicher Würden Geld angeliehen und sich ein Pfandrecht ausbedungen hat, ein Vorzugsrecht einräumten, und darnach dürfte der fortdauernde Gebrauch davon keinem Zweifel unterworfen seyn; denn auch bey uns giebt es Ehrenstellen und Chargen, wofür derjenige, dem sie conferirt werden, ein Gewisses erlegen muss, und zu deren Erwerbe nicht immer derjenige, der sie erhalten will, das nöthige Geld hat, sondern solches erst anleihen muss. Untersuchen wir aber die Sache etwas näher, so findet sich bald, dass heutiges Tages von jenen Römischen Grundsätzen gar kein Gebrauch gemacht werden kann. Denn so erfordern die Römischen Gesetze Bedienungen, welche nicht nur vererbt, sondern auch käuflich an andere überlassen und verpfändet werden können, und in Ansehung deren selbst den Gläubigern erlaubt ist, sich daran zu halten. — Wo ist aber heutiges Tages dies der Fall? und wie lässt sich, unter solcher Voraussetzung, von diesem ausserordentlichen Privilegium auf andere Fälle eine Anwendung machen?

Es fehlt daher nicht an Rechtslehrern, welche richtig den heutigen Gebrauch dieses privilegirten Pfandrechts ganz verwerfen, p) wenn gleich die Zahl derjenigen unweit grösser ist, welche die Anwendung desselben heutiges Tages nicht allein behaupten, sondern auch durch Präjudizien zu bestärken bemüht gewesen sind. q) So viel bleibt unstreitig gewiss, dass, wenn man von diesem privilegir-

ner Zeit geschehen ist, zu der man noch gar keine betrügliche Absicht annehmen kann.

p) *Koch* in der Diss. *de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata*, §. 14.

q) *Ludovici*, *Concurs-Prozess*, Kap. 10, §. 30; *Struv*, *Exercit. ad Pandect.*, Exerc. 44, Thes. 49; u. a. m. — Die Rechtslehrer, welche demjenigen, der zum Ankaufe einer solchen Bedienung Geld vorgeliehen hat, das in dem Römischen Rechte gegründete Vorrecht verstatten, nehmen jedoch grössten Theils an, dass bey der Bedienung ein Salarium Statt haben müsse. Indess fehlt es auch nicht an solchen, welche das Vorrecht ohne alles Salarium bey der Bedienung angenommen wissen wollen, z. B. *Hahn*, *ad Wesenbec.*, L. 42, Tit. 6, §. 44. Beydes ist offenbar falsch und dem Geiste des Römischen Rechts schnurstracks entge-

ten Pfandrechte des Römischen Rechts noch Anwendung machen will, solches durchaus nicht anders geschehen kann, als wenn zur Erkaufung einer solchen Bedienung Geld vorgeliehen ist, welche wieder verkauft und auch verpfändet werden kann. Es ist daher dieses Privilegium nicht auf solche Gläubiger anwendbar, welche zu Promotionen, Erkaufung der Canonicate u. s. f. Geld hergeschossen haben, selbst nicht einmahl auf solche, welche zur Erkaufung eines Kriegs- oder andern Dienstes, der die obige Eigenschaft nicht hat, angelehnt haben, wenn es nicht durch besondere Landesgesetze auch hierauf ausgedehnt worden ist.

Das Vorzugsrecht in dieser Classe wird noch ganz durch die Vorschrift des Römischen Rechts, (S. 301 folg.,) bestimmt. Die Ordnung der Gläubiger dieser Classe ist daher folgende:

1. Der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld;

2. der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner eingegangenen Contracte herrührenden Forderung, in so weit die nach dem Contracte erworbenen Güter zureichen;

3. diejenigen, welche *ad emendam militiam* creditirt und die in der *Nov.* 97, K. 4, bemerkten Erfordernisse beobachtet haben, obgleich ihr Pfandrecht jünger ist, als das der Ehefrau;

4. die Ehefrau wegen ihres Heurathsguts, dessen Vermehrung, Früchte und Zinsen, desgleichen des *Adparatus et Instructus muliebris*, ingleichen die Braut wegen des voraus bezahlten Heurathsguts;

5. diejenigen, welche zur Erkaufung, Bewaffnung und Ausbesserung eines Schiffs, ingleichen zum Ankaufe einer unbeweglichen Sache Geld angeliehen, so wie auch diejenigen, welche *in refectionem aedium*, (alles unter Ausbedingung eines Pfandrechts,) creditirt haben; sie mögen ein älteres oder jüngeres Unterpfand haben, als die Ehefrau, und insbesondere derje-

gen. Die Besoldung allein, welche mit der Bedienung verknüpft ist, bewirkt nicht, daſs das Vorrecht des zur Erkaufung der Bedienungen creditirten Geldes auch darauf angewendet werden kann, sondern sie muſs auch wieder verkauft und verpfändet werden können.

nige, welcher *in emendam militiam* creditirte, aber die in der *Nov.* 97, K. 4, bemerkten Erfordernisse nicht beobachtete;

7. der Pupill in Ansehung der mit seinem Gelde erkauften Sache.

No. 1 und 2 laufen einander gleich, und müssen im Falle der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens *pro rata* befriedigt werden. Wenn bey No. 3 mehrere Gläubiger, welche *in emendam militiam* creditirt haben, concurriren; so müssen sie gleichfalls nach dem Alter befriedigt werden. Bey No. 4 war ehedem mit Hinsicht auf das Vorzugsrecht und in Verhältniss zu No. 5 auf die Zeit der Einbringung oder Auszahlung des Brautschatzes Rücksicht zu nehmen, worauf es aber jetzt, seit dem der Ehefrau durchgehends gestatteten Vorzugsrechte, nicht weiter ankommt. Die unter No. 5 begriffenen Gläubiger können nicht mit einander in Collision gerathen, weil ein jeder aus der ihm besonders verpfändeten Sache seine Befriedigung erhalten muss, und wenn mehrere zur Erkaufung u. s. w. einer Sache Geld angeliehen haben, findet eine Befriedigung nach dem Alter Statt.

DRITTE CLASSE,
welche die mit einem nicht-privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger enthält.

Die dritte Classe enthält die mit einem nicht-privilegirten Unterpfande versehenen Gläubiger, ohne Rücksicht auf den Grund und die Entstehungsart ihres Pfandrechts. Es stehen folglich in dieser Classe:

1. Alle schlechte conventionelle Unterpfänder;
2. alle testamentarische und
3. prätorische Pfandrechte; wie auch
4. die gesetzlichen im achten Kapitel aufgeführten Hypotheken, welche mit keinem Vorzugsrechte versehen sind.

Ich haben oben, (S. 307 folg.,) gezeigt, dass nach dem ältern Rechte alle Hypotheken gleich liefen und bloss die Erstigkeit der Zeit bey ihnen den Ausschlag gab, dass aber von dem Kaiser *Leo* die Abänderung gemacht worden ist, dass im

Collisions-Falle mehrerer conventionellen Pfandrechte die aus einem *Instrumento publico vel quasi publico* constirenden Hypotheken durchaus denjenigen vorgehen sollen, deren Anfang aus einem Privat-Instrumente erhellt, wenn gleich die letztern der Zeit nach älter seyn sollten. — Ich habe ferner, (S. 311 folg.,) ausgeführt, dass, nach der *L.* 11 *C. qui pot. in pign.*, nicht angenommen werden könne, *Leo* habe überall den öffentlichen Hypotheken vor den Privat-Hypotheken einen Vorzug beylegen, oder die stillschweigenden Hypotheken nach gleichen Grundsätzen beurtheilen wollen.

So wenig es sich nun aus der *L.* 11 *C. qui potiores in pignore* vertheidigen lässt, dass Kaiser *Leo* das, was er von der Hintansetzung solcher Hypotheken verordnet, deren Daseyn und Alter aus Privat-Documenten constiren, von allen Privat-Hypotheken, und auch sogar von den gesetzlichen habe verstanden wissen wollen: eben so wenig lässt es sich aus diesem Gesetze behaupten, dass der Vorzug, welcher in demselben denjenigen Privat-Hypotheken, deren Alter und Daseyn aus öffentlichen Instrumenten erwiesen werden können, beygelegt worden ist, auch von jeder Hypothek gelten und angenommen werden müsse, welche wir heut zu Tage eine öffentliche Hypothek nennen. Offenbar unrichtig ist daher die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche vermöge der Analogie dieses Gesetzes jedem *Pignus publicum a modo constituendi tale* das Vorzugsrecht vor andern Hypotheken beylegen; [r]) und vollends unrichtig die Behauptung derjenigen, [s]) welche dafür halten, dass alle *Pignora tam a modo constituendi, quam a causa efficiente publica*, wie sie sich ausdrucken, andern

r) *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, Seite 256.

s) *Dan. Nettelbladt* in *Iurisprudentia gener. posit. Germanor. communi*, §. 824. Unter *Pignoribus a modo constituendi publicis* versteht er solche Hypotheken, die zwar vom Schuldner, allein *interveniente publica auctoritate* bestellt sind; unter *Pignoribus a causa efficiente publicis* hingegen solche, welche die Gesetze oder der Richter ertheilen. *Nettelbladt* folgt hier dem *Hellfeld* in der D. *de praerogativa hypothecae publicae, tacitae aeque ac expressae competente*, §. 9, welcher stillschweigende Hypotheken für öffentliche hält, oder vielmehr *Just. Henn. Böhmer* in *Exercit. ad Pandect.*, Tom. 3, Exercit. 60, der ebenfalls diese Eintheilung beliebt hat. Ich kann hierbey nicht umhin, das Urtheil *Hoffackers* über diese Eintheilung herzusetzen. *Periculosa*, sagt er, *sane res est, rebus diversis nomen idem imponere, idque saepissime mentes non satis providas confundit*, in der D. *de praerogativa pignor. publicor.*, Tubingae 1780, §. 5.

Hypotheken vorgehen müſſen. Es kann auch der weitere Begriff, den wir heut zu Tage mit einem *Pignus publicum a cauſſa efficiente tale* verbinden, und der ſo ſehr von dem des Römiſchen Rechts verſchieden iſt, dieſe Behauptung nimmer rechtfertigen, wenn nicht ſolche durch beſondere Landesgeſetze unterſtützt wird. Bey den Römern waren diejenigen Hypotheken öffentliche, welche ſich auf *Inſtrumenta publice vel quaſi publice confecta* gründeten, wogegen alle diejenigen, deren Daſeyn und Alter aus Privat-Inſtrumenten erwieſen werden muſsten, zu den Privat-Hypotheken gerechnet wurden. Es gab bey den Römern eine dreyfache Art öffentlicher Inſtrumente. Es gehörten nämlich dahin: 1. diejenigen, welche von den Contrahenten und Zeugen unterſchrieben und unterſiegelt waren; 2. diejenigen, welche den *Actis iudicialibus* inſinuirt waren; und endlich 3. die, welche von einem *Tabularius publicus* waren angefertigt worden. Alle andere Inſtrumente wurden zu den Privat-Inſtrumenten gerechnet, bis daſs Kaiſer *Leo* diejenigen, welche die Unterſchrift von drey glaubwürdigen und untadelhaften Männern enthielten, zu *Inſtrumentis quaſi publicis* erhob. Die Eintheilung der Hypotheken in öffentliche und Privat-Hypotheken bezog ſich alſo bey den Römern bloſs auf ſolche, die aus Inſtrumenten conſtirten.

Viel anders faſſen wir heutiges Tages und nach Deutſchen Rechten den Begriff einer öffentlichen Hypothek. Wir verſtehen darunter eine ſolche, die unter Auctorität des Richters zu Stande gekommen, oder von demſelben wenigſtens beſtätigt worden iſt. Zwiſchen unſern öffentlichen Hypotheken und denen, welche es nach dem Römiſchen Rechte waren, iſt ein himmelweiter Unterſchied, nicht nur in Hinſicht auf die Entſtehungsart, ſondern auch auf die Abſicht, die dabey zum Grunde liegt. Denn ſo iſt 1. bey unſern öffentlichen Hypotheken die Dazwiſchenkunft des Richters alle Mahl nöthig, welches bey den Römern ja nicht der Fall war. 2. So faſſen wir auch den Begriff einer öffentlichen Hypothek viel weiter als die Römer, bey welchen die Eintheilung in öffentliche und Privat-Hypotheken bloſs auf ſolche bezogen wurde, deren Daſeyn und Alter aus einem Inſtrumente erwieſen werden ſollten. Bey uns hingegen kann eine öffentliche Hypothek auf alle und jede Gattungen der Hypotheken bezogen werden, ſo bald nur das richterliche Anſehen dabey concurrirt. Ich übergehe andere Unterſchiede, die nur in beſondern Landesgeſetzen ihren Grund haben, z. B.: daſs zur Be-

stellung einer öffentlichen Hypothek nicht blofs die richterliche Bestätigung, sondern eine Erklärung vor dem Richter, dafs man jemanden eine Hypothek bewilligt haben wolle, ingleichen das Einschreiben derselben in die so genannten Hypotheken-Bücher, erfordert wird. [t])

Nimmer gelangt man in dieser Classe zu einer richtigen Bestimmung der Ordnung der Gläubiger, wenn man sich nicht zuvörderst genau an die Theorie des Römischen Rechts vom Vorzuge der Pfandgläubiger hält, und hernach untersucht, welche Anwendung davon heutiges Tages zu machen ist.

Es ist ein ausgemachter Grundsatz des ältern Römischen Rechts, dafs der Vorzug der Hypotheken unter einander, das privilegirte Pfandrecht allein ausgenommen, durch die Erstigkeit der Zeit allein bestimmt werden mufs, ohne Unterschied, die Hypotheken mögen gesetzliche und stillschweigende, oder von dem Richter, oder durch ein Testament, oder endlich durch einen Vertrag bestellt seyn. [u]) So gewifs dieses ist, eben so gewifs ist es auch, dafs ein Gläubiger, der mit dem andern über den Vorzug der Hypothek streitet, beweisen mufs, dafs seine Hypothek älter, als die des andern ist. Diesen Beweis kann er nun so wohl durch Zeugen als auch durch Instrumente führen, und in dem letztern Falle hat Kaiser *Leo* verordnet, dafs derjenige Gläubiger, welcher seine conventionelle Hypothek aus einem öffentlichen Instrumente beweisen würde, demjenigen vorgezogen werden solle, der seine Hypothek dem Alter nach aus einem Privat-Instrumente darthun würde. Kaiser *Leo* bestimmt zugleich die Eigenschaft des Instruments, aus welchem nur nach Römischen Principien eine so genannte öffentliche Hypothek entstehen kann. So bald also nicht conventionelle Hypotheken mit einander concurriren, die theils aus öffentlichen, theils aus Privat-Instrumenten dem Alter nach erwiesen werden können, so ist von dieser Leoninischen Verordnung gar kein Gebrauch zu machen. Es kann auch nicht, wie einige Rechtslehrer glauben, das testamentarische Pfandrecht und ein anderes Pfandrecht, das sonst aus einer glaubwürdigen Urkunde constirt, zu den öffentlichen Hypotheken nach dem Sinne des Kaisers *Leo* gerech-

t) *Hellfeld a. a. O.*, §. 40 f., wo dieser Unterschied sehr gut entwickelt ist.

u) *L.* 8 *C. qui potiores in pignore. L.* 4. *C. eod. L.* 10 *D. qui potiores in pignore. Westphal* im *Pfandrechte*, §. 149.

net werden, indem dieser Kaiser bloss das Conventional-Pfandrecht zum Gegenstande seiner Gesetzgebung machte.

Die Rangordnung der Gläubiger dieser Classe würde daher nach dem Römischen Rechte, wie auch schon oben, (S. 313,) bemerkt worden ist, bloss durch die Erstigkeit der Zeit bestimmt werden müssen, wenn

1. bloss stillschweigende, judicielle, testamentarische und conventionelle Hypotheken mit einander concurrirten, ohne Unterschied, ob das Alter der letztern aus einem solchen Instrumente constirt, das ihnen die Eigenschaft öffentlicher Hypotheken giebt oder nicht. x) Hingegen
2. wenn bloss conventionelle Hypotheken mit einander concurriren, so würde folgende zwiefache Regel anzunehmen seyn:
 a. Wenn öffentliche conventionelle Hypotheken mit andern conventionellen concurriren, deren Alter nicht aus einem Privat-Instrumente, sondern anders woher bewiesen wird, so giebt die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.
 b. Wenn öffentliche Hypotheken mit solchen conventionellen concurriren, deren Alter bloss nur aus einem Privat-Instrumente bewiesen werden kann, so sind durchgehends die erstern vorzuziehen, und unter den erstern giebt wieder die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

Da das Römische Recht bey uns in Deutschland als ein gemeines Recht gilt, so würde diese Theorie, weil nichts ihrer Anwendbarkeit entgegen steht, auch noch heutiges Tages allerdings befolgt werden müssen, wenn nicht ein besonderer Umstand einträte, der ihre Anwendbarkeit, wenigstens im Ganzen, zweifelhaft macht. Nach dem heutigen Rechte nämlich kommt zu den den Römern bekannten Hypotheken noch eine besondere Gattung hinzu, die man, im eigentlichen Verstande des Worts, gerichtliche oder öffentliche nennt, die

x) *Carl Christ. Hoffacker*, in der angeführten Dissertation, §. 20, scheint denjenigen Hypotheken nach dem Römischen Rechte ohne Unterschied den Vorzug vor den Privat-Hypotheken nach dem Sinne des Kaisers *Leo* beyzulegen, deren Alter aus einem öffentlichen Instrumente constirt, als z. B. der testamentarischen Hypothek, Arg. *L. 2 pr. D. testamenta quemadmodum aperiantur*, und der daselbst befindlichen Worte: *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est, heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est, quin potius publicum est instrumentum.* Allein ich kann diese Grundsätze bey einer richtigen Interpretation des Leoninischen Gesetzes nicht gelten lassen.

aber himmelweit von den dem Römischen Rechte unter diesem Nahmen bekannten Hypotheken verschieden sind. Man versteht darunter alle solche Hypotheken, die unter öffentlicher Auctorität bestellt, oder von dem Richter bestätigt worden sind. Die Bestellung der Hypotheken dieser Art beruht in Deutschland eigentlich in der Willkühr des Schuldners und Gläubigers, wenn nicht in besondern Landesgesetzen deren Nothwendigkeit anerkannt worden, wie solches in den meisten Deutschen Landen bey der Verpfändung unbeweglicher Sachen um deswillen geschehen ist, damit den übermäsigen und betrügerischen Verpfändungen der Schuldner Maass und Ziel gesetzt werden möchte, zu welchem Ende auch die so genannten Hypotheken-Bücher eingeführt sind, in welche das bestellte Pfandrecht verzeichnet werden muss.

Dies voraus gesetzt, lassen sich nun heutiges Tages folgende verschiedene Arten von Hypotheken annehmen:

I. Conventionelle Hypotheken,

1. ausdrückliche,

a. öffentliche, y)

α. im Sinne des heutigen Rechts. Diejenigen, welche unter öffentlicher Auctorität sind bestellt und bestätigt worden.

β. im Sinne des Römischen Rechts. Diejenigen, deren Alter aus einem *Instrumento publico* oder *quasi publico* in Gemäsheit der *L. 11 C. qui potiores in pignore* constirt.

b. Privat-Hypotheken,

α. im Sinne des heutigen Rechts. Alle ausdrückliche conventionelle Hypotheken, die nicht unter obrigkeitlicher Auctorität bestellt sind. — Also auch selbst diejenigen Hypotheken, deren Alter in Gemäsheit der *L. 11 C. qui potior. in pignore* aus einem *Instrumento publico vel quasi publico* constirt, gehören hierher.

β. im Sinne des Römischen Rechts. Solche, deren Alter in Gemäsheit der *L. 11 C. qui potior. in pignore* aus einem *Instrumento privato* constirt.

y) Im uneigentlichen Sinne nennt man auch noch alle diejenigen Hypotheken öffentliche, deren Alter aus einem obrigkeitlich beglaubten Instrumente constirt, sie mögen übrigens seyn, von welcher Gattung sie wollen.

2. Stillschweigende. z)

II. Testamentarische Hypotheken.

III. Gerichtliche im Sinne des Römischen Rechts, so wohl prätorische als gerichtliche im engern Verstande dieses Worts. a)

IV. Gesetzliche oder stillschweigende Hypotheken. b)

z) *Adolph Dietrich Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte*, Schwerin, Wismar und Bützow 1783.

a) *Westphal* im *Pfandrechte*, §. 43 folg.

b) Was die stillschweigenden oder gesetzlichen schlechten Unterpfänder nach dem gemeinen Rechte betrifft, so finde ich es für nöthig, der Vollständigkeit halber mich darüber noch etwas weiter zu verbreiten. Es gehört dahin nämlich:

1. Das Pfandrecht, welches dem Vermiether eines *Praedii urbani* an den inferirten Sachen des Miethsmannes, nach *L. 4 D. in quibus causis pignus*, zuständig ist. Vergleiche oben S. 191.

2. Das Pfandrecht eines Verpachters eines *Praedii rustici*, nach *L. 7 D. in quibus causis pignus*, an den Früchten desselben. Vergleiche oben S. 191 folg.

3. Das Pfandrecht, welches den Kindern an dem ganzen Vermögen ihres Vaters wegen ihrer von der Mutter erhaltenen Güter, und derer, welche mütterlicher Art, (*materni generis*,) sind, und vom Vater administrirt werden, zuständig ist. S. 236.

4. Das Pfandrecht, welches den Kindern an dem Vermögen des zur zweyten Ehe schreitenden Ehegatten, wegen der demselben von dem verstorbenen zugewandten Sachen zusteht, nach S. 235.

5. Das Pfandrecht der Pupillen und Minderjährigen an dem ganzen Vermögen ihrer Vormünder und Pfleger, wegen desjenigen, was ihnen diese aus der geführten Verwaltung ihres Vermögens schuldig sind, S. 233, welches der Gerichtsbrauch auf die Rasenden und Wahnsinnigen, Arg. *L. final.*, §. 5 *C. de curat. fur.*, ingleichen auf die öffentlich erklärten Verschwender u. s. w. und deren Curatoren ausdehnt. Auch giebt es die Praxis in den meisten Landen, nach dem Exempel der Minderjährigen, allen Kirchen, Hospitälern und andern *piis corporibus* an dem Vermögen ihrer Verwalter, *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 306. Uebrigens nimmt dasselbe seinen Anfang von der Zeit an, da die Verwaltung angefangen worden ist, auch erstreckt sich die stillschweigende Hypothek der Pupillen, wenn die Mutter ihrer Kinder Vormünderinn geworden ist, nach *L. 6 C. in quib. causis pignus*, nicht allein auf dieser ihr Vermögen, sondern auch, wenn sie vor völlig abgelegter Vormundschaft wieder heurathet, auf das Vermögen des Stiefvaters. Vergl. S. 235.

6. Das Pfandrecht, welches der Ehefrau in Ansehung ihrer Paraphernal-Güter, oder überhaupt derjenigen, welche sie ihrem Ehemanne ausser dem Heurathsgute in die Ehe gebracht und seiner Verwaltung überlassen hat, an dem ganzen Vermö-

Wir haben uns bisher mit den verschiedenen Gattungen der Hypotheken, welche heutiges Tages vorkommen, bekannt gemacht; nun wollen wir auch zur Untersuchung der Frage schreiten: Wie muss die Befriedigung der Pfandgläubiger in dieser Classe geschehen? Diese ist nach dem gemeinen Rechte nicht so leicht, als manche Rechtslehrer geglaubt haben. Die gewöhnliche Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, erschöpft im mindesten die Sache nicht, indem die Eintheilung der Hypotheken in öffentliche und Privat-Hypotheken nach dem Römischen Rechte sich bloss auf solche Hypotheken bezieht, deren Daseyn und Alter aus Instrumenten erwiesen werden sollen, nach Deutschem Rechte hingegen diese Eintheilung darauf Bezug nimmt, ob eine Hypothek gerichtlich ist bestellt und bestätigt worden oder nicht; und endlich nach dem Sprachgebrauche auch solche Hypotheken öffentliche überhaupt genannt werden, die aus seiner gerichtlichen Urkunde constiren, mithin in dieser Rücksicht die gerichtlichen Hypotheken, und auch bisweilen die gesetzlichen dahin gerechnet werden müssen, im Entgegensatze derselben aber alle andere Hypotheken, Privat-Hypotheken sind. Wie kann man also, bey so heterogenen Dingen, jene den Juristen so geläufige Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, allgemein anwenden, ohne in Gefahr zu gerathen, die grössten Ungereimtheiten zu begehen?

Schon die angesehensten Rechtslehrer haben diese Schwierigkeiten bemerkt, und sich bemüht, solche zu heben. Ich will hier nur eines *Böhmer*, [c])

gen des Mannes zuständig ist, und von Zeit des Einbringens der Paraphernal-Güter und deren dem Manne überlassenen Administration seinen Anfang nimmt. Arg. *L. ult. C. de pact. conv.* *Westphal Pfandrecht*, §. 93.

7. Das Pfandrecht, welches dem Fiscus, nach S. 121, zuständig ist. In so fern dasselbe an den Gütern seiner Verwalter Statt findet, dehnt es die Praxis auf Landstädte und andere geistliche so wohl als weltliche Corporationen aus. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 328.

8. Das Pfandrecht derjenigen, welche eine Sache vermacht oder von Todes wegen geschenkt erhalten haben, an dem Vermögen des Erblassers, nach S. 237.

9. Das Pfandrecht des Ehemannes an dem sämmtlichen Vermögen desjenigen, der ihm ein Heurathsgut zu geben versprochen hat, nach S. 242.

c) In der D. *de praerogativa hypothecarum publicarum*, C. 1, §. 13 folg.

Hoffacker [d]) und *Hellfeld* [e]) der Kürze halber erwähnen. Die Entscheidung des Letztern insbesondere verdient es, daſs ich ſie hier wörtlich auszeichne. *In re*, ſagt er, *tot obnoxia difficultatibus, mea eo redit ſententia. Hypothecae iudiciali auctoritate munitae, quorſum non ſolum confirmatas, ſed quoque iudiciales ſtricte tales, et praetorias refero, iure meritoque praeferuntur extraiudicialibus, in publico licet inſtrumento conſtitutis, quia ex analogia et harmonia legum patriarum ad alienationem aeque ac oppignerationem iudicis neceſſaria eſt auctoritas. Extraiudiciales vero, ſi de iis inſtrumenta exſtant publica, praerogativa gaudeant prae mere privatis, niſi forſan leges provinciales iis omnem iuris realis effectum denegant. Nam deficiente lege patria, valet ius Romanum in ſubſidium.* Was die ſtillſchweigenden oder geſetzlichen Hypotheken betrifft, ſo will auch *Hellfeld* [f]) dieſe zu der Claſſe der gerichtlichen gerechnet und mit denſelben nach gleichen Grundſätzen beurtheilt wiſſen.

Ich muſs aufrichtig geſtehen, daſs ich mich von den Lehrſätzen *Hellfelds* ſo wenig, als anderer Rechtslehrer, die ihm wenigſtens in der Hauptſache beyſtimmen, überzeugen kann. Man ſieht es ihnen bey einem etwas genauern Nachforſchen nur zu ſehr an, daſs die Verfügungen beſonderer Landesgeſetze in Deutſchland als Dispoſitionen des gemeinen Deutſchen Rechts zum Grunde gelegt ſind, und noch obendrein eine unrichtige Anwendung von der Verordnung des Kaiſers *Leo* in der *L. 11. C. qui potiores in pignore* gemacht worden iſt. Ich ſetze vielmehr folgende Lehrſätze feſt, deren Beweis ich ſogleich hernach führen will.

I. Wenn in einem Lande durch beſondere Geſetze angeordnet iſt, daſs überhaupt keine conventionelle Hypothek gültig ſeyn ſoll, welche nicht vor dem Richter iſt beſtellt und von demſelben beſtätigt worden, weiter aber wegen des Vorzugs nichts verordnet iſt; ſo muſs im Falle der Concurrenz ſolcher öffentlichen Hypotheken mit den teſtamentariſchen, gerichtlichen und ſtillſchweigenden bloſs die Erſtigkeit der Zeit den Ausſchlag geben.

II. Wenn in beſondern Geſetzen eines Landes die Verfügung getroffen iſt, daſs alle Hypotheken, deren Alter aus einer gerichtlichen Urkunde conſtirt,

d) In der oben angeführten Diſſertation, am Ende.

e) *A. a. O.*, §. 48.

f) *A. a. O.*, §. 49.

andern vorgezogen werden sollen; so gehen nicht nur die vor dem Richter bestellten Conventional-Hypotheken, sondern auch die gerichtlichen im Sinne des Römischen Rechts, die testamentarischen und selbst die gesetzlichen Hypotheken, in so fern ihr Daseyn und Alter aus einer gerichtlichen Urkunde constiren, allen andern Hypotheken vor, und unter ihnen selbst giebt wiederum die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. In Ansehung der andern Hypotheken geht es nach den Grundsätzen des Römischen Rechts.

III. Besagen Landesgesetze, dass alle von dem Richter bestätigte Conventional-Hypotheken den Vorzug behaupten sollen; so muss ihnen derselbe durchgehends vor allen andern Hypotheken gestattet werden, sie seyen von welcher Art sie wollen. In Ansehung der erstern giebt alsdann wieder die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag, und in Ansehung der letztern geht es wieder nach den gemeinen und Römischen Rechten. Endlich

IV. Wenn wegen des Vorzugs der Hypotheken in besondern Landesgesetzen nichts angeordnet, sondern entweder bloss nur verfügt worden ist, dass Conventional-Hypotheken auf liegende Gründe eine richterliche Untersuchung und Bestätigung und die Verzeichnung in die so genannten Hypotheken-Bücher nöthig haben sollen, oder überhaupt die richterliche Bestätigung der Willkühr der Contrahenten überlassen ist; so muss in Ansehung der Rangordnung der Hypotheken folgende Norm beobachtet werden:

1. Alle gerichtlich bestätigte Conventional-Hypotheken, ferner diejenigen, deren Alter aus einem *Instrumento publico* oder *quasi publico*, nach *L.* 11 *C. qui potiores in pignore*, constirt, und endlich diejenigen Hypotheken, deren Anfang überhaupt aus einer öffentlichen Urkunde erwiesen werden kann, sind durchgehends denjenigen Conventional-Hypotheken vorzuziehen, deren Anfang aus einer Privat-Urkunde, nach *L.* 11 *C. qui potiores in pignore*, erwiesen werden soll. Unter ihnen aber giebt wiederum die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag.

2. Bey der Concurrenz der gerichtlich bestätigten Hypotheken, ingleichen der übrigen, welchen in der vorigen Nummer der Vorzug eingeräumt worden ist, mit andern Hypotheken, die nicht Conventional-Hypotheken sind, deren Alter aus einer Privat-Urkunde constirt, findet kein besonderer Vorzug Statt, sondern es giebt bloss die Erstigkeit der Zeit den

Ausschlag. Es gehören dahin alle Conventional-Privat-Hypotheken, deren Anfang nicht aus Privat-Urkunden erwiesen werden soll, sie mögen ausdrückliche oder stillschweigende seyn; ferner die testamentarischen und gesetzlichen, deren Anfang nicht aus öffentlichen Urkunden constirt, sondern auf eine anderweitige Art erwiesen werden muſs.

3. Im Falle, daſs solche Conventional-Hypotheken, deren Alter aus einer Privat-Urkunde, nach *L.* 11 *C. qui potiores in pignore*, erwiesen werden soll, mit solchen Conventional- und andern Hypotheken concurrirten, deren Anfang zwar nicht aus öffentlichen Urkunden, jedoch auf eine mehr sichere Art dargethan werden kann, z. B. durch beglaubte Zeugen, würde, nach der Analogie der *L.* 11 *C. qui potiores in pignore*, den letztern allerdings vor den erstern der Vorzug einzuräumen seyn. Alles mit Beobachtung der Regel von der Erstigkeit der Zeit.

Nun zur Vertheidigung der niedergeschriebenen Lehrsätze selbst. Es ist eine ausgemachte Wahrheit, daſs es in Deutschland kein allgemeines Deutsches Gesetz giebt, welches verordnete, daſs so wohl gerichtlich bestellte und bestätigte, als andere Hypotheken, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirt, vor allen andern den Vorzug haben sollen. Aus dem Römischen Rechte läſst sich ebenfalls die Regel: Oeffentliche Hypotheken gehen den Privat-Hypotheken vor, nicht durchgehends vertheidigen, wie ich oben hinlänglich erwiesen habe. Eben so wenig läſst sich ein allgemeines Herkommen oder ein allgemeiner Gerichtsbrauch in Deutschland erweisen, wodurch durchgehends der Vorzug der gerichtlich bestellten und bestätigten Unterpfänder so wohl, als anderer, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirt, behauptet würde. Bloſs einer Verwechselung Römischer und Deutscher Begriffe und einer unrichtigen Anwendung der Leoninischen Verordnung in der *L.* 11 *C. qui potior. in pignore* hat jener Lehrsatz seine Entstehung zu verdanken.

Ist dieses richtig, — und das Gegentheil sehe ich noch nicht ein, — so kann ich dreist meine oben aufgestellten Lehrsätze vertheidigen. Verordnen die Landesgesetze bloſs, daſs überhaupt keine Conventional Hypotheken gültig seyn sollen, welche nicht vor dem Richter bestellt und von demselben bestätigt worden sind; so folgt hieraus noch gar kein Vorzug vor andern Hypotheken, sondern sie

müssen mit denselben gleiche Rechte geniessen, doch freylich so, dass die unter No. IV zum Grunde gelegten Lehrsätze dabey befolgt werden. Verordnen die Landesgesetze, dass alle aus einer gerichtlichen Urkunde constirende Hypotheken andern vorgehen sollen; nun, so hat es dabey sein Bewenden, und ist in Ansehung der andern die Vorschrift des gemeinen Rechts zu befolgen. Eben dies ist der Fall, wenn es in Landesgesetzen heisst: dass alle vom Richter bestätigte Conventional-Hypotheken durchgehends den Vorzug geniessen sollen; denn im Zweifel würde sonst dieser Vorzug nur von den vom Richter nicht bestätigten Conventional-Hypotheken zu verstehen seyn. Ist endlich in den Landesgesetzen nichts hierüber verfügt, oder nur bloss verordnet, dass Hypotheken auf Grundstücke nicht anders gültig, als mit richterlicher Erlaubniss, bestellt und von dem Richter jedes Mahl bestätigt werden sollen; so müssen wir das befolgen, was aus einer richtigen Zusammenstellung Römischer und Deutscher Grundsätze folgt, und was uns dazu die Analogie an die Hand giebt. Ich habe 1. behauptet, dass alle vom Richter bestätigte Conventional-Hypotheken, ferner diejenigen, deren Anfang aus einem *Instrumento publico* oder *quasi publico* constirt, und endlich diejenigen, deren Anfang sich überhaupt aus einer öffentlichen Urkunde beweisen läst, denjenigen Conventional-Hypotheken vorgezogen werden müssen, deren Anfang aus einer Privat-Urkunde, nach *L.* 11 *C. qui potior. in pign.*, erwiesen werden soll. Ich rechtfertige diesen Satz folgender Gestalt: Die Absicht Kaisers *Leo*, welcher verordnete, dass alle Hypotheken, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde constirte, denjenigen, die aus einer Privat-Urkunde erwiesen wurden, vorgehen sollten, war keine andere, als die, die Betrügereyen der Schuldner und insbesondere des Retrodatirens zu verhüten. Darum legte er schlechthin einer Hypothek, die aus einem *Instrumento publico* oder *quasi publico* constirte, den Vorzug vor einer solchen bey, die aus einem Privat-Instrumente erwiesen wurde. Eine eben so starke Glaubwürdigkeit hat auch heutiges Tages die gerichtlich bestellte und bestätigte Hypothek in Ansehung ihres Alters, ingleichen auch jede andere Nicht-Conventional-Hypothek, deren Anfang aus einer öffentlichen Urkunde ersichtlich ist. Warum sollen wir also auch diesen nicht die Wirkungen beylegen, die *Leo* seiner aus einem *Instrumento publico* oder *quasi publico* zu erweisenden Conventional-Hypothek gab, da dies die Analogie so gut rechtfertigt? Ich habe ferner 2. behauptet, dass, wenn gerichtlich bestätigte

Hypotheken, und andere, denen ich vorher den Vorzug eingeräumt habe, mit ſolchen Hypotheken concurriren, deren Alter nicht aus einer Privat-Urkunde im Sinne der *L. 11 C. qui potior. in pignore*, ſondern auf eine andere Art dargethan wird, kein beſonderer Vorzug der erſtern Statt haben könne. Ich ſetze hierbey voraus, daſs das Alter der Hypotheken der letztern Art mit voller Glaubwürdigkeit dargethan werden kann. Ich brauche dieſen Satz nicht erſt weitläuftig zu rechtfertigen, ſondern ich darf mich nur auf das beziehen, was ich oben bey der Erläuterung der *L. 11 C. qui potior. in pignore* geſagt habe. Der Grund der Leoniniſchen Verordnung fällt hier ganz weg, mithin muſs auch die Verfügung derſelben wegfallen, und läſst ſich daher kein Vorzug derjenigen Conventional-Hypotheken behaupten, deren Anfang aus öffentlichen Urkunden conſtirt, und eben ſo wenig ein Vorzug der gerichtlich beſtellten und beſtätigten, als anderer nicht conventioneller, deren Anfang eine öffentliche Urkunde gewiſs machte, indem der im vorigen Falle denſelben eingeräumte Vorzug ſich auf die Analogie der *L. 11 C. qui potior. in pignore* begründete, wovon hier überhaupt kein Gebrauch, alſo auch kein analogiſcher zu machen iſt. Daſs ich endlich 3. diejenigen Conventional-Hypotheken, deren Alter aus einer Privat-Urkunde im Sinne der *L. 11 C. qui potior. in pignore* conſtirt, denjenigen Hypotheken nachſetze, deren Alter zwar nicht aus einer öffentlichen Urkunde, aber doch auf eine andere völlig glaubwürdige Art dargethan werden kann, rührt aus einer analogiſchen und, wie ich glaube, ganz richtigen Anwendung des Leoniniſchen Geſetzes her; denn daſs auf einen ſolchen Beweis mehr zu bauen iſt, als auf das bloſse Bekenntniſs des Schuldners in einer Privat-Urkunde, iſt unſtreitig gewiſs. Auch die Abſicht Kaiſers *Leo* rechtfertigt dieſe Lehrſätze, welche keine andere war, als die Betrügereyen der Schuldner dadurch zu verhüten, daſs er die Gläubiger anſpornte, ſich nach beſſern Beweiſen des Alters ihrer Hypothek umzuſehen.

Die Ordnung der ſchlechten hypothekariſchen Gläubiger in dieſer Claſſe und die Art ihrer Befriedigung würden demnach, nach Maaſsgabe des gemeinen Rechts, nachſtehende ſeyn:

1. Die, welche ein conventionelles vor dem Richter beſtelltes oder von demſelben beſtätigtes Unterpfand genieſsen;

2. die, welche mit einer Conventional-Hypothek versehen sind, deren Anfang aus einem *Instrumento publico*, nach *L.* 11 *C. qui potior. in pignore*, constirt;
3. die, welche eine Conventional-Hypothek haben, deren Anfang durch glaubwürdige Zeugnisse erwiesen werden kann, sie möge eine ausdrückliche oder stillschweigende seyn;
4. die, welche ein prätorisches oder anderes gerichtliches Pfandrecht erhalten haben;
5. die, welche ein testamentarisches Unterpfand geniessen;
6. die, welche ein gesetzliches Unterpfand haben, dessen Anfang aus einer öffentlichen Urkunde bewiesen werden kann;
7. die, welche ein gesetzliches Unterpfand haben, dessen Anfang zwar nicht aus einer öffentlichen Urkunde, wohl aber auf eine andere völlig glaubwürdige Art erwiesen werden kann;
8. die, welche ein conventionelles Unterpfand geniessen, dessen Alter aus einer Privat-Urkunde, nach *L.* 11 *C. qui potior. in pignore* erwiesen werden soll;
9. diejenigen, welche zwar eines Unterpfandes theilhaftig sind, dessen Anfang aber so wenig aus einer öffentlichen Urkunde, als auf eine andere völlig glaubwürdige Art darthun können.

No. 1 — 7 laufen einander völlig gleich, und giebt unter ihnen blofs die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Sie müssen ohne Unterschied denjenigen Gläubigern vorgezogen werden, welche ein Pfandrecht der Art haben, wie ich unter No. 8 und 9 angegeben habe. Die, welche eine Hypothek der unter No. 8 bemerkten Art haben, müssen um deswillen No. 9 vorgezogen werden, weil sie doch den Anfang ihrer Hypothek aus der Handschrift des Schuldners einiger Massen gewiss machen können, welches bey No. 9 nicht der Fall ist. Dass auch hier übrigens die Erstigkeit der Zeit wieder den Ausschlag giebt, bedarf keiner Erinnerung, und muss bey No. 9 insbesondere derjenige vorgezogen werden, der den Anfang seines Pfandrechts am gewissesten machen kann.

Sonst ist noch in Ansehung der Ordnung der hypothekarischen Gläubiger und ihrer Befriedigung in dieser Classe zu bemerken: 1. Bey Bestimmung der Erstigkeit der Zeit ist auf die frühere Bestellung des Pfandrechts, nicht auf den Contract

Rückſicht zu nehmen, deſſen Anhang das Pfandrecht iſt; g) übrigens muſs die Erſtigkeit der Zeit bis auf Stunde und Minute beobachtet werden. 2. Gläubiger, die ein allgemeines Pfandrecht haben, werden in dieſer Claſſe ganz, andere hingegen, die nur mit einem ſpeciellen Unterpfande verſehen ſind, in ſo weit befriedigt, als die ihnen verpfändete Sache die Bezahlung abwirft. 3. Gläubiger, welche zu einer und eben derſelben Zeit ein Pfandrecht erhalten haben, das nach der oben aufgeſtellten Theorie gleich läuft, werden, wenn ſie ein allgemeines Unterpfand haben und das Vermögen des Schuldners nicht zureicht, *pro rata* befriedigt, und eben dies iſt der Fall, wenn ſie in einem ſpeciellen Unterpfande concurriren. 4. Ein Unterpfand, deſſen Anfangstag gar nicht bekannt iſt, deſſen Exiſtenz übrigens aber keinem Zweifel unterworfen iſt, oder bey welchem nur eine allgemeine Zeit, als z. B. um Oſtern oder Michaelis, bemerkt iſt, und deſſen beſtimmtere Zeit nirgends anders woher erwieſen werden kann, muſs allen andern nachgeſetzt werden, hingegen ein ſolches, wobey wenigſtens das Jahr bemerkt iſt, andern in einem folgenden Jahre zu Stande gekommenen Hypotheken, jedoch mit Beobachtung der oben aufgeſtellten Theorie, vorgezogen werden. Sollte in der Pfandverſchreibung zwar das Jahr, aber nur eine Zeit *in folle* beſtimmt ſeyn, als z. B. um Oſtern, um Michaelis, ſo iſt ſolches Unterpfand immer einem andern um eben dieſe Zeit, aber auf einen beſtimmtern Termin ertheilten Pfande nachzuſetzen; hingegen wenn einer auf gewiſſe Tage eingeſchränkten Zeit darin erwähnt ſeyn ſollte, z. B. in der Oſtermeſſe, ſo muſs daſſelbe andern nach dem Ablaufe dieſes Termins ausgeſtellten Pfandverſchreibungen vorgezogen werden, immer aber unter den in eben dieſem Termine, aber an einem beſtimmten Tage zu Stande gekommenen Hypotheken die letzte ſeyn. 5. Wenn zweyen an Einem Tage eine Sache verpfändet, und in der einen Pfandverſchreibung die Stunde des beſtellten Pfandrechts angemerkt worden iſt, in der andern aber nicht, ſo muſs immer der erſtere Pfandgläubiger dem letztern vorgezogen werden. 6. Wenn zu einem mit einem Unterpfande verſehenen Contracte eine Bedingung hinzu gefügt wurde, die hernach exiſtent wird, ſo fängt das Unterpfand nicht von der Zeit der eingetretenen Bedingung, ſondern von der Zeit an, da es ausgeſtellt worden iſt. h) 7. Ein auf eine fremde Sache von

g) *L. 11 pr. D. qui potiores in pignore.*

h) Anders entſcheidet *Gmelin*, in der

dem Schuldner unter der Bedingung, wenn die Sache sein werden sollte, ausgestelltes Pfandrecht erhält erst von der Zeit an seine Existenz, da sie die Sache des Schuldners geworden ist.[i]) Endlich 8. wenn eine Pfandverschreibung erneuert, und statt des bisherigen Unterpfandes ein neues gegeben worden ist, so nimmt dieses Unterpfand erst von der Zeit der Erneuerung an seinen Anfang, es wäre denn, dass der Gläubiger bey dieser Erneuerung auch das vorher gehende Unterpfand bey sich, und die alten Rechte sich vorbehalten hätte, denn in diesem Falle; muss der Gläubiger nach dem Datum der ersten Verpfändung angesetzt werden, jedoch so, dass, wenn eine neue Schuld oder ein neues Unterpfand hinzu gekommen ist, das Recht des neuen Unterpfandes erst von der Zeit, da es beygefügt worden ist, wirksam wird.[k])

Sonst kommt in Ansehung des Vorzugsrechts nichts darauf an, ob ein Unterpfand ein allgemeines oder besonderes ist; denn alle Mahl geht ein besonderes älteres dem allgemeinen jüngern, und ein allgemeines älteres dem besondern jüngern vor. Es kann daher ein älterer allgemeiner Pfandgläubiger in dieser Classe aus allem Vermögen des Schuldners, selbst auch aus dem besonders verpfändeten, seine Befriedigung begehren, wenn auch dadurch nichts für den mit einer Special-Hypothek versehenen Gläubiger übrig bleiben sollte.

Im Falle, dass die einem Gläubiger dieser Classe besonders verpfändete Sache bey der Versteigerung des schuldnerischen Vermögens keinen Käufer finden sollte, so kann derselbe zwar nicht von dem aus dem übrigen Vermögen gelösten Gelde seine Befriedigung verlangen, wohl aber begehren, in diese Sache, worüber sich sein Pfandrecht erstreckt, immittirt zu werden.[l])

Von der von mir oben angenommenen Ordnung der schlechten hypothekarischen Gläubiger dieser Classe weichen nicht nur die meisten Rechtslehrer, sondern auch insbesondere *Gmelin*,[m]) in seinem Buche von der Ordnung der Gläubiger, ab. Nach der Theorie dieses Gelehrten gehen in dieser Classe alle diejenigen Pfandgläubiger den übrigen vor, deren Unterpfand unter der Auctorität des Landesherrn oder der Obrigkeit bestellt und in das dess-

Ordnung der Gläubiger, S. 246. Allein die *L.* 11, §. 1 *D. qui potiores in pignore* ist für meine Behauptung.

i) *L.* 9, §. *fin. D. qui potiores in pignore.*

k) *Gmelin a. a. O.*

l) *Gmelin a. a. O.*, S. 255.

m) Vergleiche dessen angehängten *Grundriss der Ordnung der Gläubiger*, dritte Classe.

halb verfertigte Unterpfandsbuch eingetragen worden ist, ingleichen diejenigen, welche sich in einer von drey ehrbaren Zeugen oder einem Notarius sammt Zeugen unterschriebenen Urkunde ein Unterpfand ausbedungen haben. Unter diesen giebt die Erstigkeit der Zeit den Ausschlag. Alle andere Hypotheken laufen einander gleich, und findet unter denselben kein anderes Vorzugsrecht Statt, als das, welches die Erstigkeit der Zeit an die Hand giebt. Ich glaube meine oben aufgestellte Theorie dort hinlänglich gerechtfertigt zu haben, und finde daher nicht nöthig, mich hier zu wiederhohlen.

VIERTE CLASSE,
welche die privilegirten chirographarischen Gläubiger enthält.

Die vierte Classe, zu welcher wir gegenwärtig übergehen, begreift die privilegirten chirographarischen Gläubiger in sich. Man versteht darunter, (vergl. S. 183,) diejenigen chirographarischen Gläubiger, welchen die Gesetze vermöge eines besondern Privilegiums das Recht beylegen, vor allen übrigen chirographarischen Gläubigern ihre Befriedigung zu erhalten, wenn auch solche eine weit ältere Forderung an dem Schuldner haben sollten. Das Römische Recht enthält viel solcher persönlichen Privilegien, wie ich oben im achten Kapitel gezeigt habe. Allein mehrere derselben fallen schon um desswillen weg, weil die Gläubiger statt derselben mit einem stillschweigenden Pfandrechte an dem Vermögen des Schuldners späterhin versehen wurden, z. B. das *Privilegium exigendi* der Ehefrauen, der Pupillen u. s. f.; und andere passen entweder nicht mehr auf unsre Verfassung, oder sind auch vermöge des Gerichtsbrauchs auf andere Fälle ausgedehnt worden. Ich kann daher hier nur von denjenigen persönlichen Privilegien handeln, welche heutiges Tages noch anwendbar sind, wobey ich bemerken muss, dass nach gemeinen Deutschen Rechten zu den Römischen persönlichen Privilegien nichts hinzu gekommen ist.

Hiernach stehen in dieser Classe:

1. Diejenigen, welche bey den *Argentariis* oder *Nummulariis* Geld deponirt haben, (vergl. S. 215,) unter der oben, (vergl. S. 319,) angegebenen Einschränkung. Eigentlich würde dieses persönliche Privilegium bey uns gar nicht mehr angewendet werden können, weil wir keine Argentarii der Rö-

ner mehr haben und auch der Grund dieses Privilegii bey uns wegfällt. Allein die Praxis gestattet dasselbe nicht nur denjenigen, welche bey einer solchen Person, bey der, kraft ihres öffentlichen Amts, Geld deponirt zu werden pflegt, Geld deponirt haben, sondern auch solchen, welche diese Deposition bey Privat-Personen unternommen haben, wenn das Geld von diesen angegriffen und verzehrt worden ist. n)

2. Die *Respublica creditrix*, nach Seite 223, (heutiges Tages Landstädte und andere grösere geistliche und weltliche Corporationen.) Man gestattet dieses Privilegium heutiges Tages allen öffentlichen Gemeinheiten, und wegen jeder Forderung, da selbst das Römische Recht zwischen den Forderungen keinen Unterschied macht und die eine oder die andere Forderung nicht ausnimmt.

3. Diejenigen, welche zur Erbauung, Bewaffnung oder Erkaufung eines Schiffs, oder auf eine anderweitige auf das Schiff Bezug habende Art ohne Pfandrecht creditirt haben; ingleichen diejenigen, welche wegen eines verkauften Schiffes noch von dem Schuldner das Kaufgeld zu fordern haben; so wie auch endlich alle diejenigen, welche wegen eines *Crediti* zur Erkaufung, Wiederherstellung u. s. w. einer Sache, wenn sie sich ein Unterpfand ausbedungen hätten, ein privilegirtes Unterpfand geniesen würden, (S. 225 folg.)

4. Der Fiscus wegen einer jeden Forderung an dem Schuldner, weswegen er kein Unterpfand geniest, und welche nicht aus einem von dem Schuldner begangenen Verbrechen herrührt. (Vergl. S. 222.)

Ausser diesen persönlich-privilegirten Gläubigern giebt es keine, welchen in der vierten Classe ein Platz gebührte. Indess fehlt es nicht an Rechtslehrern, welche behaupten, dass man das persönliche Privilegium noch auf andere Forderungen ausdehnen müsse. Sie o) stellen die Regel auf: *Quotiescunque creditor singularem aequitatis, pietatis, misericordiae favorem prae se habet, toties is in quarta classe locandus est*, und gestatten, in Gemäsheit derselben: 1. den Handwerksleuten wegen ihrer rückständigen Forderungen; 2. den Procuratoren, Advocaten und Notarien wegen ihres Verdienstes; 3. den Lehrmeistern und überhaupt denjenigen Personen, welche Unterricht ertheilen, wegen ihrer

n) *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 391.

o) *Leyser Medit. ad Pandect.*, Spec. 487.

Honorarien; 4. den Gerichten wegen der Gerichtsgebühren; 5. denjenigen, welche dem Schuldner Alimente vorgeschossen haben; 6. den Aerzten, Chirurgen und Apothekern wegen der dem Schuldner ausser dem Falle der letzten Krankheit respective geleisteten Dienste und Arzeneyen; 7. dem Wechselgläubiger wegen seiner Wechselforderung; 8. den Kirchen und milden Stiftungen wegen ihrer dem Schuldner gemachten Anleihen; 9. der Lotterie wegen dessen, was der Schuldner als Einsetzer oder Collecteur schuldig geblieben ist; 10. den Kindern wegen des Pathengeldes; und endlich 11. denjenigen Gläubigern, welche ohne Zinsen dem Schuldner creditirt haben, ein persönliches Privilegium und ein Befriedigungsrecht in dieser Classe. p) Allein es läst sich diese Behauptung so wenig aus den Gesetzen als aus einem allgemeinen Herkommen beweisen, und daher können diese Privilegien nur alsdann angenommen werden, wenn sie durch Landesgesetze oder Herkommen eingeführt sind, wie dies häufig bey der Forderung unter No. 11 geschehen ist.

Was die Befriedigung der Gläubiger in dieser Classe selbst betrifft, so sind die Rechtslehrer darüber verschiedener Meinung. q) Da das Herkommen hier an den gesetzlichen Bestimmungen nichts abgeändert hat, so dürfen wir demselben um so eher folgen, als alle persönliche Privilegien des gemeinen Rechts, welche man in dieser Classe antrifft, bloss Römischen Ursprunges sind. Nach den Grundsätzen, welche ich oben, (S. 321,) entwickelt habe, würde daher die Ordnung der Gläubiger folgender Gestalt bestimmt werden müssen:

1. Der Fiscus wegen der unter No. 4 angegebenen Forderungen;
2. die *Respublica creditrix* wegen der Forderungen unter No. 2;
3. das Depositum, nach No. 1;

p) Vergleiche *Hoffmanns Deutsche Reichs-Praxis*, Th. 2, §. 1286; *Struben rechtl Bedenken*, Th. 3, Bed. 12; *Georg Ludw. Böhmer* D. *de iure mercedis opificum in concursu creditorum*, §. 14; *Hasentien de privilegio medicorum creditor. in concursu*, §. 13; *Das Lotto-Recht*, Kap. 6, §. 12. *Leyser. Medit. ad D., l. c.*, will wenigstens diejenigen chirographarischen Gläubiger, welche ohne Zinsen Geld angeliehen haben, andern vorgesetzt wissen, die eine Anleihe mit Zinsen unternommen haben, allein auch die Richtigkeit dieser Behauptung läst sich nach gemeinem Rechte nicht erweisen.

q) Vergleiche z. B. *Gmelin Ordnung der Gläubiger*, S. 407.

4. alle diejenigen, welche zur Erkaufung, Bewaffnung u.f.w. creditirt haben, nach No. 3.

No. 1 wird vor allen ganz befriedigt, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung fämmtlicher Gläubiger diefer Claffe nicht zureicht. Hierauf folgen in gleicher Art die unter No. 2 begriffenen Gläubiger, unter welchen, wenn das Vermögen zu ihrer allerfeitigen vollen Befriedigung nicht zureicht, eine Befriedigung *pro rata* Statt hat. Dann erft folgen die unter No. 3 und 4 begriffenen Gläubiger, bey welchen gleichfalls eine Befriedigung *pro rata* Statt finden mufs.

FÜNFTE CLASSE,
welche die fchlechten chirographarifchen Gläubiger enthält.

In der fünften Claffe endlich erhalten alle fo genannte gemeine oder fchlechte chirographarifche Gläubiger ihre Befriedigung. Es gehören dahin alle, welche zu keiner der vorigen Claffen gezählt werden können. Ob fie übrigens aus einer Handfchrift des Schuldners oder auf andere Art ihre Forderungen beweifen können, thut nichts zur Sache. Es würde eine unnütze Arbeit feyn, alle fo genannte fchlechte chirographarifche Gläubiger hier nahmentlich aufzuführen, indem fie fchon durch die allgemeine Befchreibung hinlänglich kenntlich gemacht worden find. Ich bemerke nur, dafs auch der Wechfelgläubiger wegen der Wechfelfchuld, die Dienftboten, welche fich von ihrem Dienftherrn wegen des Liedlohns haben Zinfen verfprechen laffen, die Arbeitsleute wegen des rückftändigen Arbeitslohns, die Kaufleute wegen der creditirten Waaren, und der Fiscus wegen der Strafgelder in diefer Claffe ihren Platz nehmen, wie auch endlich diejenigen, denen der Schuldner noch nach Ausbruch des Concurfes etwas fchuldig geworden ift.

Die Ordnung der Gläubiger diefer Claffe wird durch folgende Regeln beftimmt:

1. Werden vor allen andern diejenigen befriedigt, mit deren Gelde ein *Creditor privilegiarius* ift abgefunden worden. (Vergl. S. 321 folg.;)
2. Alle andere Gläubiger, deren Forderungen vor dem Ausbruche des Concurfes entftanden find, werden dem Fiscus vorgezogen; unter ihnen felbft aber findet eine Befriedigung *pro rata* Statt;

Zu Seite 641.

GRUNDRISS DER ORDNUNG DER GLÄUBIGER

NACH DEM GEMEINEN RECHTE.

ERSTE CLASSE, welche die abſolut-privilegirten Gläubiger enthält.

I. Diejenigen, welche Leichenkoſten zu fordern haben, die aus des Schuldners Vermögen bezahlt werden müſſen. S. 184 und 596.

II. 1. Der Arzt, wegen des Arztlohns für die letzte Krankheit des Schuldners. S. 598 folg.

2. Alle andere, welche wegen der letzten Krankheit des Schuldners etwas mit Recht fordern können. S. 601.

3. Das Dienſtgeſinde wegen des rückſtändigen Liedlohns. S. 602 folg.

4. Der Fiscus, wegen der rückſtändigen Steuern und Abgaben. S. 218 und 606.

5. Derjenige, welcher rückſtändigen Zins und Laudemien-Gelder zu fordern hat. S. 608.

Von der Befriedigung der Gläubiger dieſer Claſſe vergl. S. 615.

ZWEYTE CLASSE, welche die privilegirten Pfandgläubiger enthält.

I. Der Kriegs-Fiscus wegen der Primipilar-Schuld.

II. Der Fiscus wegen der aus einem mit dem Schuldner eingegangenen Contracte herrührenden Forderung, in ſo weit die nach dem Contracte erworbenen Güter zureichen.

III. Diejenigen, welche *in emendam militiam* creditirt, und die in der Novelle 97, Kap. 4, bemerkten Erforderniſſe beobachtet haben, obgleich ihr Pfandrecht jünger iſt, als das der Ehefrau.

IV. Die rechtmäſsige ſo wohl als putative Ehefrau, wegen ihres eingebrachten Heuraths-guts u. ſ. w., ingleichen die Braut wegen des voraus bezahlten Heurathsguts.

V. Diejenigen, welche zur Erkaufung, Bewaffnung und Erbauung eines Schiffs, ingleichen zum Ankaufe einer unbeweglichen Sache Geld angeliehen haben, ſo wie auch diejenigen, welche *in refectionem aedium*, (alles unter Ausbedingung eines Pfandrechts,!) creditirt haben, ingleichen derjenige, welcher *in emendam militiam* creditirte, aber die in der Novelle 97, Kap. 4, bemerkten Erforderniſſe nicht beobachtete.

VI. Der Pupill in Anſehung der mit ſeinem Gelde erkauften Sache.

Von der Befriedigung der Gläubiger dieſer Claſſe vergl. Seite 616—621.

DRITTE CLASSE, welche die ſchlechten Pfandgläubiger enthält.

I. Diejenigen Gläubiger, welche

1. ein conventionelles vor dem Richter beſtelltes oder von demſelben beſtätigtes Unterpfand genieſsen;
2. mit einer Conventional-Hypothek verſehen ſind, deren Anfang aus einem Inſtrumento publico vel quaſi, nach *L. 11 C. qui potior. in pignor.*, conſtirt;
3. eine Conventional-Hypothek haben, deren Anfang durch glaubwürdige Zeugniſſe erwieſen werden kann, ſie möge eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende ſeyn;
4. ein prätoriſches oder anderes gerichtliches Unterpfand erhalten haben;
5. ein teſtamentariſches Unterpfand genieſsen;
6. ein geſetzliches Unterpfand haben, deſſen Anfang aus einer öffentlichen Urkunde erwieſen werden kann;
7. ein geſetzliches Unterpfand haben, deſſen Anfang zwar nicht aus einer öffentlichen Urkunde, aber doch auf eine andere glaubwürdige Art erwieſen werden kann.

II. Diejenigen Gläubiger, welche ein conventionelles Unterpfand genieſsen, deſſen Alter aus einer Privat-Urkunde, nach *L. 11 C. qui potior. in pignor.*, erwieſen werden kann.

III. Diejenigen Gläubiger, welche zwar eines Unterpfands theilhaftig ſind, deſſen Anfang aber ſo wenig aus einer öffentlichen Urkunde, als auf eine andere nur irgend glaubwürdige Art erwieſen werden kann.

Von der Befriedigung der Gläubiger dieſer Claſſe vergl. Seite 633—635.

VIERTE CLASSE, welche die privilegirten chirographariſchen Gläubiger enthält.

I. Der Fiscus wegen aller Forderungen an dem Schuldner, wegen deren er kein Pfandrecht genieſst, und welche auch nicht aus einem Verbrechen entſpringen.

II. Die *Respublica creditrix*.

III. Diejenigen, welche von dem Schuldner vermöge eines wirklichen Depoſitums das hinterlegte Geld zurück fordern können.

IV. Alle diejenigen, welche

1. zur Erkaufung, Erbauung, Wiederherſtellung und Bewaffnung eines Schiffs, oder ſonſt wegen deſſelben creditirt haben;
2. die, welche *in militiam emendam* Geld vorgeſchoſſen haben;
3. welche *in reſtitutionem aedium* Geld creditirten;
4. die, welche zur Erkaufung eines Grundſtücks Geld anliehen;
5. die, welche ſonſt zur Erkaufung, Wiederherſtellung und nothwendigen Erhaltung einer unbeweglichen Sache Geld anliehen;
6. die, welchen der Schuldner für ein erkauftes Schiff das Kaufgeld ſchuldig war, ingleichen alle diejenigen, welchen der Schuldner wegen einer erkauften unbeweglichen Sache noch das Kaufgeld reſtirt.

Von der Befriedigung der Gläubiger dieſer Claſſe vergl. S. 637—640.

FÜNFTE CLASSE, welche die ſchlechten chirographariſchen Gläubiger enthält.

I. Alle diejenigen, mit deren Gelde ein *Creditor privilegiarius* abgefunden worden iſt.

II. Alle ſchlechte chirographariſche Gläubiger, ohne Unterſchied, ihre Forderung möge vor oder nach dem Ausbruche des Concurſes entſtanden ſeyn, voraus geſetzt nur, daſs ſie im letztern Falle nicht aus einem Contracte oder einer andern Handlung des Schuldners entſtand.

III. Der Fiscus, wegen der ihm aus dem Vermögen des Schuldners gebührenden Strafgelder.

IV. Diejenigen Gläubiger, welche aus einem von dem Schuldner nach dem Ausbruche des Concurſes abgeſchloſſenen Vertrage oder aus einer andern Handlung deſſelben etwas zu fordern haben.

Von der Befriedigung der Gläubiger dieſer Claſſe vergl. S. 640 und 641.

3. Hierauf folgt der Fiscus wegen der Strafgelder, nach den oben, (S. 323,) gelehrten Grundsätzen; und endlich
4. nehmen hier ihren Platz die Gläubiger, welche nach Ausbruch des Concurses, da der Schuldner nicht mehr über sein Vermögen disponiren konnte, durch dessen Handlung entstanden sind.

II.
Locations - Sentenz.

Wir haben uns bisher mit der Ordnung der Gläubiger beschäftigt, (welche wir freylich hier nur so geben konnten, als sie im gemeinen Rechte gegründet ist, indem in einzelnen Territorien Deutschlands wichtige Abänderungen vorkommen;) wir gehen jetzt zu der Locations-Sentenz selbst über. Die Locations-Sentenz oder dasjenige Urtel, in welchem jedem Gläubiger seine Befriedigung in der gesetzlichen Ordnung angewiesen werden soll, kann, nach der Natur der Sache, nicht eher gesprochen werden, als bis das gesammte Concurs- und Prioritäts-Verfahren beendigt ist. Indess kann auch wohl der Richter die Locations-Sentenz früher sprechen, und darin einem Gläubiger, der seine Forderung noch nicht gehörig bescheinigt und deren Priorität deducirt hat, darin einen bedingten Platz anweisen, nämlich unter der Voraussetzung, wenn er diese respective Bescheinigung und Ausführung noch beybringen sollte.

Was den innern Bau der Locations-Sentenz betrifft, so wird

I. gleich zu Anfang derselben bestimmt, wie es mit den Vindicanten und den *Creditoribus massae*, welche, wie ich bereits oben gezeigt habe, nicht zu den Concurs-Gläubigern gehören, und daher auch überall nicht am Concurse Antheil nehmen, gehalten werden soll: z. B.: dass denjenigen, welche ihre bey dem Schuldner befindlichen Sachen *iure dominii* zurück gefordert und das Eigenthum derselben dargethan haben, solche heraus gegeben, ingleichen die Concurs-Kosten zuvor von der Masse abgezogen werden sollen. — Hierauf geht der Richter

II. zu den eigentlichen Concurs-Gläubigern über, und bestimmt die Ordnung, in welcher sie ihre Befriedigung erhalten sollen. Obgleich dabey auf die oben entwickelte Ordnung der Gläubiger Rücksicht genommen werden muss, und obgleich die einzelnen Classen der Gläubiger dabey zum Grunde

gelegt werden, ſo wird doch in der Locations-Sentenz nicht jede Claſſe der Gläubiger von der andern abgeſondert, ſondern der Richter läſst die Gläubiger, ſo wie ſie nach den Claſſen auf einander folgen, in einzelnen Nummern hinter einander fortlaufen, und zwar ſo, daſs die zu den erſten drey Claſſen gehörigen Gläubiger unter Römiſchen, die zu den beyden letztern Claſſen gehörigen Gläubiger aber unter Deutſchen Zahlen aufgeführt werden. Wo eine Befriedigung *pro rata* vorkommt, wird dieſes noch beſonders bemerkt.

Nach dem gemeinen Rechte iſt es völlig der Willkühr des Richters überlaſſen, ob er die Entſcheidungsgründe der Locations-Sentenz einverleiben oder ſolche abgeſondert hinzu fügen will. — Zu dem Letztern iſt jedoch um ſo mehr zu rathen, als durch die Einverleibung der Entſcheidungsgründe die Locations-Sentenz eines Theils an Beſtimmtheit verliert, andern Theils aber auch die Gründe der Entſcheidung nie ſo vollſtändig und zuſammen hängend gegeben werden können, als wenn ſie von der Locations-Sentenz abgeſondert werden.

Zur Publication der Locations-Sentenz muſs ein Termin angeſetzt, und ſämmtliche Gläubiger müſſen zur Anhörung derſelben vorgeladen werden. Dieſe Vorladung braucht jedoch nicht nur durch eine Edictal-Citation zu geſchehen, ſondern es iſt hinlänglich, wenn die Ladung in der Geſtalt einer Privat-Citation den Gläubigern entweder ſelbſt, oder ihren Bevollmächtigten inſinuirt wird. — Die beſondere Vorladung eines jeden Gläubigers aber iſt darum nothwendig, damit derſelbe, wenn er ſich durch den Inhalt der Locations-Sentenz beſchwerdet glaubt, dagegen zu rechter Zeit die nöthigen Rechtsmittel einwenden könne.

Wenden einige Gläubiger gegen die Locations-Sentenz Rechtsmittel ein, ſo muſs der Ausgang derſelben erſt abgewartet werden, ehe zur Befriedigung der Gläubiger und zur Vertheilung der Concurs-Maſſe unter ſie geſchritten werden kann. — Es iſt indeſs nicht zu verlangen, daſs diejenigen Gläubiger, welche einen unbezweifelten Vorzug haben, und welchen die das Rechtsmittel einwendenden Gläubiger auch gar nicht vorgezogen ſeyn wollen, bis zum Ausgange des Prozeſſes mit ihrer Befriedigung warten ſollen; ſondern dieſe können vielmehr auch früher ihr Geld erhalten, weil der Ausgang des eingewandten Rechtsmittels, er möge ſeyn, welcher er wolle, in ihren Rechten nicht die mindeſte Veränderung hervor bringt. — Obgleich die Einwendung aller erlaubten Rechtsmittel gegen

die Locations-Sentenz keinem Zweifel unterworfen ist, so muss doch der Richter dafür sorgen, dass dadurch die Vertheilung der Concurs-Masse nicht zu lange aufgehalten werde, und das Verfahren muss nicht nur möglichst beschleunigt, sondern auch abgekürzt werden.

Wenn das Verfahren über die eingewandten Rechtsmittel beendigt worden ist, oder überall, wenn die Locations-Sentenz in allen ihren Verfügungen die Rechtskraft erreicht hat, so wird zur Vertheilung des schuldnerischen zu Gelde geschlagenen Vermögens in Maassgabe der Locations-Sentenz geschritten. Der Vertheilung selbst geht der Distributions-Bescheid vorauf, worunter man sich keinen wirklichen Bescheid, sondern ein blosses von dem Richter entworfenes Schema für die Vertheilung denken muss, worin er genau den ganzen Betrag der Concurs-Masse angiebt, und berechnet, welchen Gläubigern, und in wie fern denselben nach Anleitung des Locations-Urtels die Zahlung zu leisten sey. — Da der Distributions-Bescheid kein wirkliches Urtel ist, so kann auch kein Rechtsmittel dagegen eingewendet werden, sondern es können die Fehler, welche etwa der Richter bey der Berechnung begangen hat, zu jeder Zeit noch verbessert werden.

Wenn der Richter den Distributions-Bescheid abgefasst hat, muss sofort ein Termin zur wirklichen Auszahlung der Gelder angesetzt, und eine Ladung auf diesen Termin sämmtlichen Gläubigern nebst dem Distributions-Bescheide eingehändigt werden. Denjenigen Gläubigern, welche nach dem Distributions-Bescheide wirkliche Zahlung zu erhalten haben, muss bey dieser Ladung zugleich aufgegeben werden, entweder in eigner Person oder durch Bevollmächtigte zu erscheinen und, gegen Auslieferung der Original-Urkunden über ihre Forderungen und gehörige Quittungen, das ihnen gebührende Geld in Empfang zu nehmen. In dem Termine selbst geschieht nun die Zahlung an die erschienenen Gläubiger in Grundlage der Locations-Sentenz und des Distributions-Bescheides, für die aber etwa nicht erscheinenden wird der auf sie fallende Antheil bis zu seiner Entgegennahme in gerichtliche Verwahrung genommen. [r])

r) Eine Androhung der Präclusion so wohl als die wirkliche Ausschliessung der nicht erschienenen Gläubiger übersteigt hier, wie *Grollmann*, in seiner gründlichen *Theorie des gerichtlichen Verfahrens* u. s. f., S. 462, richtig bemerkt, die Befugniss des

ZWEY UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Nachtrag zu den vorigen Kapiteln: 1. Befriedigung der Gläubiger in verschiedenen Classen; 2. Berechnung der abschläglich vor dem Concurse gezahlten Gelder; 3. Uneigentliche Präclusion; 4. Uneigentliche Nachlassverträge.

Bey einem Concurse der Gläubiger kann es sich

I. ereignen, dass ein und eben derselbe Gläubiger in mehrern Classen seine Befriedigung erhält. Dies ist nicht nur der Fall, wenn er mehrere Forderungen aus verschiedenen Gründen an dem Schuldner hat, sondern auch oft, wenn die Forderung aus einem und eben demselben Grunde herrührt, z. B. das Arztlohn, Liedlohn u. s. f. Hier muss von dem Richter die gehörige Absonderung getroffen werden, damit jede Forderung in der ihr gebührenden Classe ihren Platz erhalte.

Es kann sich ferner

II. zutragen, dass der Schuldner einem Gläubiger, der mehrere Anforderungen hat, vor dem Ausbruche des Concurses schon etwas bezahlt hat, ohne zu bestimmen, auf welche Forderung die Bezahlung geschehen sey. In solchem Falle kann der Gläubiger nicht auf die schlechteste Forderung das bezahlte Geld abrechnen, sondern es tritt hier die Vermuthung, welche in der *L. 5 pr. D. de solut.* und *L. 8 D. eod.* gegründet ist, ein, und muss von dem Concurs-Richter darnach dem Gläubiger wegen seiner Forderungen in der Locations-Sentenz sein Platz angewiesen werden.

III. Ein Gläubiger, welcher sich im Liquidations-Termine mit seinen Forderungen gemeldet hat, kann dessen ungeachtet bisweilen bey der Classification der Gläubiger ganz wegfallen und darin übergangen werden. Dies ist

Richters. Auch *von Trütschler, (Präclusion der Gläubiger, §. 14,)* der hier annimmt, dass der Gläubiger nur durch den Hinzutritt der Verjährung des Rechts, die auf ihn vertheilte Summe zu erheben, verlustig werden könne, hat hier meinen Beyfall nicht; denn es ist hier nicht davon die Rede, eine Forderung einzuklagen, sondern bloss davon, eine ausgezahlte Summe in Empfang zu nehmen. Da der Richter dem ausbleibenden Gläubiger keine Präclusion androhen kann, so hat auch eine fehlerhaft angedrohete und vollzogene Präclusion für den Gläubiger nicht die mindeste nachtheilige Wirkung.

der Fall, wenn er die Ausführung seiner Forderungen im Verlaufe des Concurs-Prozesses unterläſst, und daher mit derselben präcludirt wird. Man nennt diese Präclusion, zum Unterschiede von der oben entwickelten Präclusion, die uneigentliche Präclusion.[s]) Sie hat nicht, wie die eigentliche Präclusion, bloſs die Wirkung, daſs der Gläubiger mit seiner Forderung von der Concurs-Masse ausgeschlossen wird, sondern sie vernichtet zugleich seinen ganzen Anspruch an den Schuldner. Denn wenn gleich der Concurs-Prozeſs nur auf den gegenwärtigen Zustand des Schuldners Beziehung hat, und es daher scheinen möchte, als wenn durch die eben gedachte Ausschliessung nur das Recht des Gläubigers, an der Concurs-Masse Theil zu nehmen, verloren gehen könnte; so ist doch zwischen beyden Fällen ein groſser Unterschied. Hat sich nämlich der Gläubiger mit seiner Forderung nicht beym Concurse gemeldet, so hat er bloſs stillschweigend auf das Recht, am Concurse Theil zu nehmen, Verzicht geleistet, und kann folglich nicht mit seinem ganzen Anspruche präcludirt werden, sondern es kann sich die Präclusion nur auf die Theilnahme am Concurse erstrecken. — Hat hingegen der Gläubiger im Liquidations-Termine sich wirklich mit seiner Forderung gemeldet, so ist er nun auch schuldig, sie auszuführen; und verabsäumt er diese seine Schuldigkeit, so daſs er damit präcludirt wird, so ist es dasselbe, als wenn jemand geklagt hat, ihm der Beweis auferlegt worden ist, und er diesen desert werden läſst. Man kann auch dawider nicht einwenden, daſs das, was, nach der Natur des Concurs-Prozesses als eines höchst summarischen Verfahrens, nicht auszuführen erlaubt gewesen sey, noch im ordentlichen Prozesse ausgeführt werden könne: denn 1. hat sich der Gläubiger selbst in ein summarisches Verfahren eingelassen, und 2. müssen ihm auch selbst beym Concurs-Prozesse alle Beweismittel gestattet werden, welche beym ordentlichen Prozesse zuläſsig sind, und kann der Richter unter dem Vorwande des summarischen Verfahrens dem Gläubiger auch die weitläuftigste Ausführung seiner Forderung nicht verweigern. Unterläſst daher der Gläubiger, seine Forderung auszuführen und zu beweisen, so ist die Präclusion der ganzen Forderung eine gerechte Strafe seiner Nachläſsigkeit.

s) *von Trütschler, a. a. O.*

Gleicher Gestalt geht auch das ganze Recht des Gläubigers verloren, wenn er sich auf einen ihm deferirten Eid, des richterlichen Erkenntnisses ungeachtet, nicht einlassen will, oder denselben abzuleisten sich weigert. — In diesem Falle ist eben so wenig als in dem eine Präclusion nöthig, wenn der Gläubiger die Priorität auszuführen und zu beweisen unterläst. Es ist blos der Unterschied, dass er hier nachgesetzt, und dort ganz in der Locations-Sentenz übergangen wird.

IV. Es kann sich ereignen, dass bey einem Concurse ältere oder bevorzügte Gläubiger zu Gunsten der jüngern oder nicht-bevorzügten etwas von ihren Forderungen fallen lassen, und dadurch bewirkt wird, dass diese zur Perception gelangen, da sie sonst nicht dazu gelangt seyn würden. Es kann solches vermöge eines ordentlichen Vertrags zwischen den Gläubigern, auch ohne denselben durch die blosse Verzichtleistung von Seiten der ältern oder mehr bevorzügten Gläubiger geschehen: auf jeden Fall aber hängt es ganz von der Willkühr der ältern oder bevorzügten Gläubiger ab, ob sie zu Gunsten der jüngern oder weniger bevorzügten etwas von ihren Forderungen fallen lassen wollen, und findet daher, ob man gleich diesen Nachlass mit dem Nahmen des uneigentlichen Nachlasses gestempelt hat, das durchaus nicht Anwendung, was ich oben von dem nothwendigen Nachlasse gesagt habe. Zwar meint *von Völderndorff*, [t]) man könne jene Theorie auch hier anwenden und einen richterlichen Zwang annehmen; allein er hat nicht bedacht, dass der nothwendige Nachlass schon durch den Gerichtsbrauch über die Gebühr ausgedehnt worden ist, und dass der Zweck desselben, die Aufhelfung des Schuldners, hier ganz wegfällt.

Wenn ein solcher Remiss, welcher jedoch äusserst selten vorkommt, zu Stande gebracht wird, so vertheilt der Richter in dem Distributions-Bescheide das, was ältere und bevorzügte Gläubiger erlassen haben, auf die jüngern oder weniger bevorzügten Gläubiger, nach der gesetzlichen Ordnung. Man kann daher nicht annehmen, dass die Vertheilung des Nachgelassenen auf alle hinten folgende Gläubiger *pro rata* geschehen müsse, wenn solches nicht durch einen besondern Vertrag ausgemacht worden ist.

t) *Von Nachlassverträgen*, S. 60.

DREY UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Anwendung der Lehren von der Separation u. ſ. w., der Pauliani-ſchen Klage und des Interdicti fraudatorii auf den Concurs der Gläubiger.

Das *Beneficium ſeparationis vel quaſi*, zuſammt der Wiederauflebung des Eigenthums und der beſonders begünſtigten Befriedigung einiger Gläubiger, wovon ich oben im zwölften Kapitel, (S. 325 folg.,) gehandelt habe, findet auch noch bey unſern Concurſen Statt. Die Vorſchriften des Römiſchen Rechts haben hier nicht die mindeſten Abänderungen erlitten, ſondern ſind noch in ihrem ganzen Umfange anwendbar. Ich bemerke nur noch, daſs man das *Beneficium ſeparationis* bey Concurſen nicht mit der dabey vorkommenden Abſonderung ſolcher Sachen verwechſeln muſs, die unter richterlicher Auctorität geſchieht, und dasjenige Vermögen des Schuldners betrifft, auf welche deſſen Verbindlichkeiten der Regel nach nicht fallen, und wohin das Lehns- und Fideicommiſs-Vermögen deſſelben gehören. Zu dieſer Abſonderung iſt der Richter vermöge ſeiner Amtspflicht ſchon verbunden, weil er nicht zugeben darf, daſs etwas eine Beute der Gläubiger werde, woran ihnen gar keine Rechte zuſtändig ſind. Ich werde hernach zeigen, daſs nur die Früchte dieſer Güter, nicht aber ſie ſelbſt, zur Concurs-Maſſe gehören.

Wer ein *Ius ſeparationis vel quaſi* hat, muſs ſolches zu einer Zeit geltend zu machen ſuchen, da noch *Res integra* iſt und die Abſonderung füglich geſchehen kann. Der Regel nach muſs das Geſuch um Abſonderung ſofort im Liquidations-Termine angebracht werden. Da es indeſs erſt aus den Liquidations-Protocollen gemeiniglich erhellt, ob ſo viel Gläubiger und ſolche da ſind, daſs das Separations-Geſuch überall von Nutzen iſt, ſo werden auch die Separatiſten noch nachher damit zugelaſſen, wenn ſie daſſelbe nur anbringen, ehe noch das Vermögen des Schuldners veräuſsert worden iſt.

Das Separations-Geſuch wird

1. in Geſtalt einer Imploration angebracht, entweder von einzelnen Separatiſten, oder von allen in Gemeinſchaft, welche das Separations-Recht an einer in dem Vermögen des Schuldners befindlichen Sache genieſsen.

2. Ueber das Separations-Gesuch muss gleichfalls verfahren werden, und macht das Verfahren darüber einen Theil des Concurs-Prozesses aus. Die Gegner sind hier die übrigen Gläubiger, welche die Absonderung und ausschliessende Befriedigung der Separatisten nicht zugeben wollen. Der Contradictor hat eigentlich mit der Sache nichts zu thun, wenn ihm solche nicht besonders mit zur Pflicht gemacht worden ist.

3. Ueber die Zulässigkeit des Separations-Gesuchs wird besonders von dem Richter erkannt. Erkennt es der Richter für zulässig, so wird nun

4. das abgesonderte Vermögen zu einer besondern Masse geschlagen, und eine besondere Locations-Sentenz, auch ein besonderer Distributions-Bescheid erlassen. In Ansehung dieser gilt eben das, was ich oben von der Locations-Sentenz und dem Distributions-Bescheide überhaupt gesagt habe.

Wenn mehrere Gattungen der Separation beym Concurse vorkommen, so müssen auch mehrere besondere Gütermassen constituirt werden, und muss über jedes Separations-Recht besonders concursmässig verfahren werden, es wäre denn, dass aus dem abgesonderten Vermögen die Separatisten völlig befriedigt werden könnten. Was übrig bleibt, fällt der allgemeinen Gütermasse wieder anheim.

So wie von der Rechtswohlthat der Separation, eben so macht man auch bey unsern Concursen von der *Actio Pauliana* und dem fraudatorischen Interdicte Anwendung. Alles, was ich darüber im dreyzehnten Kapitel, (S. 375 folg.,) gesagt habe, ist auch noch bey uns unabgeändert in Anwendung. Nur die daselbst angegebenen Unterschiede: ob die Disposition des Schuldners über sein Vermögen vor geschehener *Cessio* oder *Immissio*, oder nachher geschehen ist, bestimmt man auf eine andere Art, nämlich so: ob die Disposition vor dem Ausbruche des Concurses oder nachher geschehen ist, welches zu dem wichtigen Streite über den Anfang des Concurses Gelegenheit gegeben hat, wovon ich hernach ausführlicher reden werde. Ich bemerke hier nur, dass die Römischen Bestimmungen sich um desswillen nicht mehr anwenden lassen, weil die *Immissio* bey uns wegfällt, und die *Cessio* gleichfalls sehr selten zu geschehen pflegt, auch, wenn sie geschieht, schon häufig vorher der Concurs angegangen ist.

Ich habe über den Gebrauch der Paulianischen Klage und des fraudatorischen Interdicts nichts weiter zu bemerken, als dass der *Curator bonorum* diese Rechtsmittel heutiges Tages im Nahmen der Gläubiger gebraucht, um die unerlaubt veräusserten Vermögensstücke des Schuldners wieder zur Concurs-Masse herbey zu schaffen.

VIER UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Concurs - Kosten.

Das Concurs-Wesen erfordert mancherley Aufwand. Die Rechte und Verbindlichkeiten, welche hier in Betrachtung kommen, enthält die Lehre von den Concurs-Kosten. u)

Concurs-Kosten in der weitern Bedeutung dieses Worts, (*Sumtus concursus in sensu generaliori,*) heissen alle diejenigen Kosten, welche der Concurs der Gläubiger überhaupt verursacht hat. In dieser Bedeutung begreift der Ausdruck: Concurs-Kosten, so wohl die Concurs-Kosten im eigentlichen und engern Verstande dieses Worts, als auch diejenigen, welche von den Gläubigern so wohl als dem Schuldner für sich mit Hinsicht auf den Concurs aufgewendet worden sind. Concurs-Kosten im eigentlichen und engern Verstande dieses Worts, (*Sumtus concursus in sensu speciali s. in spec. s. dicti,*) hingegen heissen diejenigen Kosten, welche in Hinsicht auf das Concurs-Wesen dergestalt sind aufgewendet worden, dass ohne sie dasselbe nicht gesetzlich betrieben werden konnte. Durch diesen Begriff unterscheiden sich die eigentlichen Concurs-Kosten so wohl 1. von denen, die die Gläubiger für sich selbst, entweder zu desto grösserer Sicherung ihrer Rechte oder zum bessern Betriebe ihrer Angelegenheiten, aufgewendet haben, als auch 2. von solchen Kosten, die der Schuldner zu seinem eignen Vortheile beym Concurse aufgewendet hat, und von welchen ich noch weiter unten umständlicher handeln werde.

u) Die vorzüglichste Schrift über diese Lehre ist unstreitig D. Nettelbladt D. de *sumtibus concursus creditorum*, Hal. 1754.

Die Kosten, welche ein Concurs-Wesen erfordert, sind sehr verschieden, und erfordern daher eine bestimmte Classification, wenn sie gehörig entwickelt werden sollen. Einige von ihnen sind nämlich von der Art, daſs die Berichtigung der Concurs-Masse sie erfordert, andere hingegen nicht. *Nettelbladt* nennt die erstern ökonomische Concurs-Kosten, (*Sumtus concursus oeconomici,*) die letztern aber Kosten des Concurs-Prozesses, (*Sumtus processus concursus,*) und theilt diese wieder in gerichtliche und ausser-gerichtliche ein. Ohne eine Nachbeterey zu begehen, glaube ich diese Eintheilung beybehalten zu müssen, weil sie auf ganz logisch-richtigen Grundsätzen beruht, und wohl schwerlich eine bessere Eintheilung gemacht werden kann. Wenigstens muſs ich aufrichtig gestehen, daſs ich keine zweckmäſsigere weiſs.

Was zuvörderst die ökonomischen Concurs-Kosten betrifft, so gehören dahin unstreitig alle, welche auf die Herstellung, Erhaltung und Veräusserung der Concurs-Masse sind verwendet worden. Die Aufzählung aller einzelnen ökonomischen Kosten würde freylich überflüssig seyn, indeſs wollen wir doch die vorzüglichsten derselben näher beleuchten, um in der Folge die Theorie von der Vergütung dieser Kosten desto besser bilden zu können.

Zu den ökonomischen Concurs-Kosten rechne ich 1. diejenigen, welche auf die Inventur des schuldnerischen Vermögens, auf die Exmission des Schuldners aus seinen Gütern u. s. w. verwendet worden sind. Sie müssen allerdings unter den ökonomischen Concurs-Kosten aufgeführt werden, denn sie haben die Herstellung und mitunter auch die Erhaltung der Concurs-Masse zum Zwecke. 2. Gehören auch unstreitig dahin die Prozeſs-Kosten, welche zur Zurückforderung einer dem Schuldner gehörigen, aber in fremde Hände gekommenen Sache sind aufgewendet worden. Es versteht sich von selbst, daſs ich hier bloſs von dem Falle rede, wenn ohne Verschulden des Curators, (oder Contradictors,) dem diese Zurückforderung obliegt, der Prozeſs verloren gegangen, oder doch auf eine Compensation der Prozeſs-Kosten erkannt worden ist: denn ist er selbst an dem Verluste des Prozesses Schuld gewesen, oder hat sonst nur die Compensation der Kosten veranlaſst, so muſs er solche aus seinem Beutel bezahlen, und sie können nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden. Uebrigens halte ich dafür, daſs es einerley sey, ob sich der Curator, (oder Contradictor,) aus eignem Antriebe in den Rechtsstreit eingelassen hat, oder ob solches von ihm auf besonderes

Anfordern der Gläubiger oder des Richters geschehen ist: denn schon vermöge seines Amts liegt ihm die Pflicht ob, dahin zu sehen, dass die Sachen des Schuldners, welche sich in den Händen eines Dritten befinden, von diesem eingeliefert und zur Concurs-Masse gebracht werden mögen. Ferner 3. müssen auch zu den ökonomischen Concurs-Kosten, und zwar vorzüglich, diejenigen Kosten gerechnet werden, welche auf die Güter des Schuldners verwendet worden sind. Was zuerst die auf die Perception der Früchte während des Concurses verwandten Kosten betrifft, so ist es wohl unstreitig gewiss, dass diese zu den Concurs-Kosten gerechnet werden müssen. In Ansehung der auf die Substanz selbst verwendeten Kosten muss auch hier allerdings der bekannte Unterschied zwischen nothwendigen, nützlichen und wollüstigen Unkosten zum Grunde gelegt werden. Die nothwendigen Unkosten gehören allerdings zu den Concurs-Kosten, wogegen die wollüstigen schlechterdings nicht dahin gerechnet werden können, es wäre denn, dass sie die Eigenschaft der nützlichen zufällig annähmen, wo von ihnen eben das gelten muss, was ich wegen der nützlichen gleich sagen werde. Meisten Theils pflegen nur die Rechtslehrer, Arg. der *L. 5 D. qui potior. in pignore, L. 8 D. depositi* und *L. 29, §. 2 D. de pignor.*, die nothwendigen Unkosten zu den Concurs-Kosten zu rechnen, die nützlichen hingegen ganz davon auszuschliessen. Allein die Unrichtigkeit dieses Satzes ergiebt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen von der Vergütung aufgewendeter nützlicher Unkosten. Die nützlichen Unkosten sind entweder von dem Gütervertreter oder von einem andern aufgewendet worden, entweder mit Wissen und Willen der Gläubiger oder ohne denselben. Auf allen Fall müssen sie zu den Concurs-Kosten gerechnet werden, in so fern der Vortheil der Gläubiger wirklich dadurch befördert worden ist, weil sie sich sonst offenbar mit dem Schaden eines andern bereichern würden. Zwar ist der Gütervertreter nur eigentlich befugt, nothwendige Unkosten aufzuwenden, indem ihm bloss die Erhaltung der Concurs-Masse zur Pflicht gemacht ist, und die ihm ebenfalls zwar obliegende Vermehrung derselben sich bloss auf die Herbeyschaffung der in fremde Hände erwachsenen schuldnerischen Vermögensstücke einschränkt: allein daraus läst sich noch nicht behaupten, dass die von ihm aufgewendeten nützlichen Kosten nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden können; denn da ihm die Aufwendung derselben von den Gesetzen nicht ausdrücklich untersagt worden ist, so muss es hier nach der allgemeinen Regel, dass

niemand ſich mit dem Schaden eines andern bereichern darf, gehen, zumahl da auch ſelbige durch das Verhältniſs des Gütervertreters zum Concurſe auf keine Weiſe ausgeſchloſſen wird. Sonſt kann bey dieſer Gattung ökonomiſcher Concurs-Koſten wirklich nichts darauf ankommen, ob ſie von dem Gütervertreter oder einem andern mit eignem oder fremdem Gelde ſind gemacht worden, ſo bald nur das Geld beſonders zu dieſem Zwecke iſt hergeliehen worden und deſſen Verwendung ausdrücklich nachgewieſen werden kann. v)

Unter den ökonomiſchen Concurs-Koſten nehmen 4. ohne allen Zweifel die Gehalte des Gütervertreters und Contradictors ihren Platz ein, ingleichen dasjenige, was von dieſen in Concurs-Sachen aufgewendet worden iſt. Denn was zuvörderſt den Gütervertreter betrifft, ſo wird ja dieſer zu dem Ende beſtellt, um das Intereſſe der Gläubiger in Hinſicht auf die Concurs-Maſſe wahrzunehmen. Es muſs daher ſeine Beſoldung ſo wohl als alles Uebrige, was er zum Beſten der Gläubiger bey der Verwaltung des ihm übertragenen Amts aufgewendet hat und hat aufwenden müſſen, zu den Concurs-Koſten gerechnet werden. Dahin gehören z. B. die Reiſekoſten, wenn der Gütervertreter in Angelegenheiten der Gläubiger ſo wohl als der Concurs-Maſſe hat Reiſen machen müſſen, Geſchenke, die er nothwendig hat machen müſſen, u. dgl. m. Und was hiernächſt den Contradictor betrifft, ſo gilt ſo wohl von dem Gehalte deſſelben als andern von ihm gemachten Ausgaben eben daſſelbe. Von den von ihm verurſachten Prozeſs-Koſten iſt ſchon oben gehandelt worden. w)

Ob 5. die dem Schuldner während des Concurſes aus der Concurs-Maſſe verabreichten Alimente ſo wohl zu den Concurs-Koſten überhaupt, als zu den ökonomiſchen gerechnet werden müſſen, ſcheint ſehr zweifelhaft zu ſeyn, indem ſich doch der Begriff von Concurs-Koſten ſo wenig als der von ökonomiſchen Concurs-Koſten in ſeinem vollen Umfange auf ſie anwenden läſst. Indeſs halte ich doch mit *Nettelbladt* x) dafür, daſs ſie zu den Concurs-Koſten überhaupt gerechnet werden müſſen, auch getraue ich mir, ſie mit unter die ökonomiſchen Concurs-Koſten zu claſſificiren. Denn 1. zu den Concurs-Koſten überhaupt müſſen ſie darum gerechnet werden, weil ſie zum gemeinen Nutzen aller Gläubi-

v) *Leyſer Med. ad D.*, Spec. 485, Med. *iuris*, T. 42, En. 5. 1, 2.

w) Vergleiche noch *Rivinus Enunciata*

x) *A. a. O.*, §. 6.

ger aufgewendet werden. Es erfordert nämlich das Interesse der Gläubiger, daſs der Schuldner während des Concurses nicht nur erhalten werde, sondern auch zugegen sey, indem sein Zeugniſs, wenn von der Rechtmäſsigkeit und Liquidität der Forderung des einen oder des andern Gläubigers die Rede ist, nicht nur zuweilen unumgänglich nothwendig wird, sondern auch während des ganzen Concurs-Wesens so häufig Angelegenheiten vorkommen, in welchen der Schuldner den Gläubigern nützlich seyn kann. Ist nun gleich des Schuldners Gegenwart den Gläubigern bey einem Concurse mehr, bey dem andern weniger nützlich, so muſs man doch bey der Regel, oder vielmehr bey dem stehen bleiben, was gemeiniglich der Fall ist, und daher die dem Schuldner während des Concurses verabreichten Alimente mit zu den Concurs-Kosten rechnen. 2. Unter den ökonomischen Concurs-Kosten müssen diese Concurs-Kosten darum aufgeführt werden, weil man keine dritte Gattung der Concurs-Kosten füglich annehmen kann, sondern alle Concurs-Kosten entweder zu den ökonomischen oder den Kosten des Concurs-Prozesses gerechnet werden müssen. Und nimmt man den oben gegebenen Begriff von ökonomischen Concurs-Kosten an, so sehe ich auch nicht ein, was entgegen stünde, sie dahin ebenfalls zu rechnen; denn auch sie werden mit Hinsicht auf die Masse für das allgemeine Beste der Gläubiger aufgewendet.

Ich verlasse hiermit die ökonomischen Concurs-Kosten, von welchen ich die vorzüglichsten angegeben habe, aus deren Entwickelung so wohl als aus dem Begriffe, den ich oben von den Concurs-Kosten überhaupt gegeben habe, sehr leicht in vorkommenden Fällen beurtheilt werden kann, welche noch sonst dahin gehören, und wende mich jetzt zu den so genannten Kosten des Concurs-Prozesses. Ich begreife darunter alle diejenigen, welche der eigentliche Concurs-Prozeſs veranlaſst hat, zu denen ich alle, so wohl gerichtliche als auſsergerichtliche, Handlungen zähle, welche die Bekanntwerdung und Befriedigung der Gläubiger betreffen. Diesem zu Folge müssen 1. die Kosten zu den Kosten des Concurs-Prozesses gerechnet werden, welche die öffentliche Vorladung der Gläubiger oder die Edictal-Citation veranlaſst hat, ingleichen die Kosten der darauf erfolgten Präclusion. Denn zwecken gleich diese nicht directe auf den eigentlichen Concurs-Prozeſs ab, so ist doch solches bey ihnen indirecte der Fall, und zu den ökonomischen Concurs-Kosten können sie durchaus nicht gerechnet wer-

den. Ferner 2. gehören hierher alle das *Punctum liquidi et prioritatis* betreffende und auf die Berichtigung desselben verwandte Unkosten. Dass die Gerichtsgebühren eines zu diesem Ende angesetzten Termins so wohl, als auch die Kosten wegen eines einzigen gerichtlichen Verfahrens zum Protocolle über diese Puncte, zu den Concurs-Kosten gerechnet werden müssen, lässt sich nicht in Abrede stellen, und ist auch, so viel ich weiss, noch von keinem geläugnet worden. Aber eine andere Frage ist es hingegen, wie es mit denjenigen Kosten zu halten sey, die in einem förmlichen Prozesse über diese Puncte aufgelaufen sind. Man stelle sich nämlich den Fall folgender Gestalt vor: A, ein Concurs-Gläubiger, liquidirt eine Forderung beym Concurse. Die übrigen Gläubiger, oder in ihrem Nahmen der Gütervertreter, setzen sich ihm entgegen. Es kommt zu einem förmlichen Prozesse, der durch mehrere Instanzen geführt wird. Oder A behauptet wegen seiner Forderung den Vorzug vor einigen Gläubigern oder vor allen, die ihm diese aber nicht zugestehen wollen und worüber es zu einem weitläuftigen rechtlichen Verfahren kommt. Ich weiss keinen Schriftsteller, der diese Frage in ihrem ganzen Umfange erörtert hätte. Bloss der Punct, was Rechtens sey, wenn dieser Prozess über die Priorität entstanden ist, ist von *Nettelbladt* y) etwas näher, als von seinen Vorgängern geschehen ist, beleuchtet worden. Er macht den Unterschied, ob die übrigen Gläubiger, die dem A seine Forderung oder deren Vorzug streitig machten, eine gerechte Ursache dazu für sich hatten oder nicht. Im erstern Falle, glaubt er, müssen die Kosten des Prozesses von ihrer Seite zu den Concurs-Kosten gerechnet werden, im letztern aber nicht. Er begründet sich erstens auf die *L.* 200 *D. de r. i.*, wo es heisst: *Quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis;* dann zweytens darauf, dass doch auch diese Kosten zum gemeinen Besten aller Gläubiger, oder wenigstens in einer allgemeinen Angelegenheit in der Concurs-Sache wären aufgewendet worden. Indess erklärt er sich doch nicht völlig entscheidend über die Sache, sondern gesteht am Ende selbst nicht undeutlich zu, dass er sich nicht heraus zu finden wisse, und es daher jedem überlassen müsse, ob er diese Kosten zu den Concurs-Kosten rechnen wolle oder nicht.

y) *A. a. O.*, §. 5, wo auch die Meinungen *Fabers* in *Cod. Fabr.*, L. 7, T. 18, Def. 43, und des *Mevius*, *Decision.*, P. 7, Dec. 322, von ihm beleuchtet und vereinigt werden.

Ich muſs aufrichtig geſtehen, daſs mir nie etwas leichter als die Beurtheilung dieſer Frage geſchienen hat, und daſs ich mich nicht genug wundern kann, wie ſie von einem ſo ſcharfſinnigen Manne, als *Nettelbladt* war, für ſo ſchwer und faſt unauflöslich habe gehalten werden können. Nur muſs man bey Beantwortung derſelben, wenn man ſich nicht verwickeln will, beyde Fälle von einander unterſcheiden: den, wenn der Prozeſs über die Liquidität einer Forderung; und den, wenn derſelbe über die Priorität geführt wird.

Wird I. der Prozeſs über die Liquidität der Forderung geführt, ſo laſſen ſich dabey folgende Fälle denken: 1. Den, wenn ſich der Contradictor einem Gläubiger, der ſeine Forderung liquidirt, im Nahmen aller Gläubiger entgegen ſetzt und ſich mit ihm in einen förmlichen Prozeſs einläſst. Wird hier a. der Gläubiger nicht nur abgewieſen, ſondern auch in die Koſten condemnirt, ſo fällt die Frage, ob die Prozeſs-Koſten zu den Concurs-Koſten gerechnet werden müſſen, von ſelbſt weg. Wird hingegen b. der Concurs-Gläubiger zwar abgewieſen, aber mit Compenſation der Prozeſs-Koſten, oder c. zugelaſſen, und werden die Koſten compenſirt, oder wohl gar dem Contradictor zur Laſt gelegt; ſo kann man die Frage, ob die Prozeſs-Koſten zu den Concurs-Koſten gerechnet werden müſſen oder nicht, nur eigentlich erſt aufwerfen, und dann, glaube ich, muſs ſie folgender Geſtalt beantwortet werden: *α*. War ein legitimer Grund vorhanden, dem Concurs-Gläubiger ſeine Forderung ſtreitig zu machen, ſo ſind die Koſten des Prozeſſes allerdings als Concurs-Koſten anzuſehen, in ſo fern ſie den Gläubigern, die hier als Streitgenoſſen erſcheinen, zur Laſt fallen, indem ſie allerdings das Concurs-Weſen betreffen, und das ohne Unterſchied, ob der Prozeſs von dem Contradictor aus eignem Antriebe oder auf beſondern Auftrag der Concurs-Gläubiger iſt geführt worden. Denn auch ſchon ohne den beſondern Auftrag der Concurs-Gläubiger hatte der Contradictor das Recht, ſich der Forderung des Gläubigers zu widerſetzen und die Rechte der andern dabey wahrzunehmen. Ja, ich glaube auch, daſs ſelbſt der Widerſpruch des einen oder des andern Gläubigers, der die Forderung jenes Gläubigers als richtig und liquid annehmen will und den Prozeſs zu vermeiden ſucht, in der Sache keine Aenderung hervor bringen kann: denn es iſt hier nicht nur von der Angelegenheit eines einzelnen Gläubigers, ſondern von den Angelegenheiten aller Gläubiger die Rede, wo der Widerſpruch des einen oder des andern Gläubigers nichts

fruchten kann. Wären die Prozefs-Kosten den streitenden Gläubigern allein zur Last gelegt worden, so möchte es scheinen, als wenn es höchst unbillig wäre, den Gläubiger, der den Sieg erfochten hat, dadurch leiden zu lassen, dafs man sie zu den Concurs-Kosten rechnet: allein man erwäge, dafs es bey einer solchen Angelegenheit, als das Concurs-Wesen ist, nicht anders gehen kann, als dafs die Betreibung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, wohin auch diese Sache gehört, auf gemeinsame Kosten geschieht, und daher hier wirklich keine Unbilligkeit vorhanden ist. Wurden hingegen die Prozefs-Kosten compensirt, so trägt der um seine Forderung streitende Gläubiger seinen Antheil für sich, der Antheil aber, welcher auf die übrigen Gläubiger fällt, die ihm seine Forderung streitig machten, mufs zu den Concurs-Kosten aus eben den Gründen gerechnet werden, die ich vorhin bemerkt habe. β. Wenn kein legitimer Grund vorhanden gewesen ist, einem Gläubiger seine Forderung streitig zu machen, so fallen die Prozefs-Kosten dem Contradictor selbst oder den streitenden Gläubigern zur Last, je nachdem der Grund des Prozesses bey ihm oder den Gläubigern anzutreffen ist, und können daher nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden.

Wir kommen nun 2. zu dem Falle, wenn der Contradictor einem seine Forderung liquidirenden Gläubiger nur im Nahmen und Auftrage e i n i g e r Gläubiger solche streitig gemacht hat. Dafs dieses nicht nur geschehen kann, sondern auch häufig der Fall ist, lehrt die Erfahrung. Hier möchte es wirklich scheinen, als wenn die Prozefs-Kosten, welche bey dieser Gelegenheit entstanden, den Gläubigern, welche die Forderung jenes Gläubigers nicht zugestehen wollten, allein zur Last fallen müfsten, und nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden könnten, indem hier der Prozefs blofs das Interesse einiger Gläubiger betraf: allein dessen ungeachtet glaube ich doch, dafs auch diese Kosten zu den Concurs-Kosten gerechnet werden müssen. Denn so bleibt 1. doch diese Angelegenheit alle Mahl eine gemeinschaftliche Sache aller Gläubiger, wo das durch den Concurs unter den Gläubigern hervor gebrachte Verhältnifs s c h l e c h t e r d i n g s keine Trennung zuläfst. 2. Habe ich oben erwiesen, dafs der Widerspruch des einen oder des andern Concurs-Gläubigers nichts zur Sache thut, wenn der Contradictor seinen Einsichten gemäfs sich der Forderung eines Gläubigers widersetzt und solche nicht beym Concurse passiren lassen will: denn er ist ja im Nahmen der Gläubiger so wohl als des Schuldners dazu bestellt, die

Gerechtſamen beyder Theile wahrzunehmen, und ihn kann daher auch der Widerſpruch des einen oder des andern Gläubigers nicht abhalten, ſeinen einmahl übernommenen Pflichten Genüge zu leiſten. Ein anderes würde freylich alsdann anzunehmen ſeyn, wenn der Contradictor nicht ſelbſt den Prozeſs mit dem liquidirenden Gläubiger wegen deſſen Forderung anfangen wollte, ſondern bloſs von einigen Gläubigern dazu angetrieben würde, und nun vermöge eines beſondern Auftrags derſelben den Prozeſs führte. Hier ändert ſich die ganze Lage der Sache, mithin muſs auch ein anderer Geſichtspunct wegen der Koſten des Prozeſſes gefaſst werden. Man kann hier von dem Contradictor nicht ſagen, daſs er vermöge ſeiner Amtspflicht handle und daſs er eine gemeinſchaftliche Concurs-Sache betreibe. Er nimmt vielmehr jetzt die Eigenſchaft eines Bevollmächtigten einzelner Concurs-Gläubiger an, und führt im Nahmen derſelben mit einem Concurs-Gläubiger einen Prozeſs wegen ſeiner Forderung, die dieſe nicht als richtig durchgehen laſſen wollen. Verliert er daher den Prozeſs, oder kommen ſeinen Befehlsgebern dabey ſonſt Koſten zur Laſt, ſo müſſen ſie von ihnen allein getragen werden, und man kann ſie nicht zu den Concurs-Koſten rechnen.

Ich ſchreite nun zur Erörterung des andern Falles, und will unterſuchen, was Rechtens ſey, wenn II. der Rechtsſtreit die Priorität betrifft. Daſs hier zum Theil andere Grundſätze angenommen werden müſſen, ergiebt ſich meines Bedünkens ſchon aus der bloſsen Anſicht der Sache. Aber welche? Dies iſt nun die Frage, mit deren Erörterung wir uns jetzt beſchäftigen wollen. Der Streit über die Priorität kann zwiſchen dem Gläubiger, der ſie begehrt, und den übrigen Gläubigern auf eine doppelte Art geführt werden, nämlich 1. ſo, daſs alle Gläubiger daran Theil nehmen; und 2. ſo, daſs nur einige Gläubiger als prozeſsführender Theil gegen ihn auftreten, weil ſie durch ſeine Priorität allein gefährdet werden. Ein Intereſſe aller Gläubiger bey einem Streite über die Priorität läſst ſich ſehr gut denken, wenn es gleich nur ſelten vorkommt. Man ſtelle ſich z.B. den Fall folgender Geſtalt vor: Bey einem Concurſe, bey dem die Maſſe ſehr geringe iſt, kommt auch ein Poſten von 200 Rthlrn. vor, der als Dienſtlohn angeſehen, und bey dem gegenwärtigen Concurs-Weſen wegen der Vorzüge, die das Dienſtlohn bey Concurſen genieſst, als der erſte Poſten in der Locations-Sentenz aufgeführt werden muſs. Es entſteht aber die Frage, ob das Dienſtlohn in dem vorliegenden Falle dieſen Vorzug genieſsen könne, weil das

Dienstgesinde von der Herrschaft Zinsen empfangen hat. Hier ist schon der Fall, dass alle Gläubiger an dem Streite über die Priorität Antheil nehmen können; denn es betrifft die Sache das Interesse aller Gläubiger, weil, wenn der Gläubiger, der das Dienstlohn prätendirt, das Privilegium desselben verlieren sollte, derselbe in der fünften Classe seine Befriedigung erhielte.

Im erstern Falle, wenn nämlich alle Gläubiger an dem Prioritäts-Streite Antheil nehmen, oder daran Antheil nehmen müssen, weil der Contradictor, dem die Besorgung der Rechte eines jeden Gläubigers zur Pflicht gemacht ist, gegen den die Priorität begehrenden Gläubiger verfährt, müssen allerdings die bey dieser Gelegenheit den Gläubigern zur Last fallenden Kosten zu den Concurs-Kosten gerechnet werden, so bald nur überhaupt der Rechtsstreit nicht aus völlig ungerechtem Grunde von ihnen angefangen worden ist: denn es muss diese Angelegenheit allerdings als eine gemeinschaftliche Angelegenheit betrachtet werden, welches zur natürlichen Folge hat, dass die darauf verwandten Unkosten auch als Concurs-Kosten angesehen werden müssen. Es kann auch der Umstand hier nichts releviren, ob der Contradictor die Angelegenheit kraft seines Amts oder eines besondern Auftrags der übrigen Concurs-Gläubiger betrieb. In beyden Fällen bleibt der Grund der Entscheidung derselbe, folglich muss auch die Entscheidung selbst dieselbe bleiben.

Im zweyten Falle, nämlich wenn nur einige Gläubiger sich dem die Priorität prätendirenden Gläubiger widersetzen und auch nur widersetzen konnten, und es desshalb zu einem förmlichen Prozesse kommt, glaube ich, können die den Gläubigern zur Last fallenden Prozess-Kosten durchaus nicht als Concurs-Kosten angesehen werden, ohne Unterschied, ob sich der Contradictor vermöge seines Amts oder noch aus besonderm Auftrage der Gläubiger dem die Priorität fordernden Gläubiger entgegen setzt: denn man erwäge die Sache von allen Seiten, und man wird nirgends finden, dass ein gemeinschaftliches Interesse aller Gläubiger vorhanden wäre, ohne das sich doch keine Concurs-Kosten denken lassen; es ist vielmehr nur das Interesse einiger Gläubiger im Spiele, die leiden würden, wenn der Gläubiger wirklich in dem Prozesse die Priorität behaupten sollte. Es würde daher nicht nur zum Nachtheile der andern Gläubiger gereichen, wenn man diese Kosten zu den Concurs-Kosten rechnen wollte, sondern man würde auch offenbar dem oben angenommenen Begriffe von den Concurs-

Kosten dadurch zuwider handeln, nach welchem es zum Wesen der Concurs-Kosten gehört, dass sie auf eine gemeinschaftliche Angelegenheit aller Gläubiger oder auf eine so genannte Concurs-Sache verwendet worden sind. Man braucht gewiss nicht erst tief in die Sache einzudringen, um den Unterschied zwischen diesen Kosten und denjenigen einzusehen, welche bey Gelegenheit eines Prozesses über die Rechtmässigkeit und Liquidität der Forderung eines Gläubigers mit Widerspruch einiger Gläubiger aufgewendet werden, und von welchen ich oben behauptet habe, dass sie zu den Concurs-Kosten gerechnet werden müssen: denn der Punct der Rechtmässigkeit und Liquidität einer Schuldforderung bleibt alle Mahl eine Concurs-Sache und eine Angelegenheit des Ganzen, er möge betrieben werden wie er wolle, es mögen einige Gläubiger gegen die fernere Betreibung desselben dissentiren oder nicht.

Nächst den bisher aufgeführten Kosten müssen auch 3. alle Gebühren der Actuarien so wohl als anderer Gerichtspersonen zu den Kosten des Concurs-Prozesses gerechnet werden, die in Angelegenheiten des Concurses, welche zum Concurs-Prozesse gehören, aufgewendet worden sind. Dahin gehören z. B. die Protocoll-Gebühren bey der Liquidation der Forderungen der Gläubiger, das Verfahren derselben über die Rechtmässigkeit und Liquidität der Schuldforderung, der Priorität u. s. w., welche hier zu specificiren ganz überflüssig seyn würde. [z])

Bey der Lehre von den Concurs-Kosten ist es nicht hinlänglich, zu wissen, welche Kosten dahin gehören, sondern auch, wer verbunden ist, die Concurs-Kosten zu bezahlen. Die Frage aber: Wer ist die Concurs-Kosten zu bezahlen verbunden? kann nur beym Concurse in Ansehung folgender Personen aufgeworfen werden, nämlich 1. in Ansehung der Vindicanten; 2. der Separatisten; 3. der eigentlichen Concurs-Gläubiger; und 4. des Schuldners selbst. [a])

Was zuvörderst die Vindicanten beym Concurse betrifft, so können diese, zu den Concurs-Kosten beyzutragen, durchaus nicht angehalten werden. Zwar

z) Vergleiche *Martini* in *Comment. forens. in ordinat. processſ. iudiciarii Saxonic.*, ad Tit. 42, §. 5.

a) Ich folge hier ganz *Nettelbladt* in der oben angeführten Dissertation, §. 12, dessen Theorie, weniges ausgenommen, hier so richtig ist, dass ich bloss die Sache verunstalten würde, wenn ich etwas anderes annehmen wollte.

meint *Nettelbladt*, daſs auch alsdann die Vindicanten mit zu den Concurs-Koſten zugezogen werden müſsten, wenn ſie das Eigenthum nicht ſogleich liquid machen könnten: allein abgeſehen davon, daſs ihre Anſprüche gar nicht zum Concurſe gehören, ſo würde es auf der einen Seite hart für ſie ſeyn, wenn ſie zu etwas beytragen ſollten, was ſie gar nicht angeht; andern Theils aber würden auch wieder die Concurs Gläubiger darunter leiden, wenn, wie dies heutiges Tages geſchieht, die Concurs-Koſten zuvörderſt von der Maſſe abgezogen werden. Jedoch darf das, was ich hier behauptet habe, nicht auf die Koſten ausgedehnt werden, welche die Edictal-Citation und der erſte Termin, der zur Anzeige der Forderungen eines jeden Gläubigers, in der weiteſten Bedeutung dieſes Worts, anberaumt wird, verurſachen. Daſs an dieſen Koſten auch die Vindicanten mit Antheil nehmen müſſen, glaube ich aus folgenden Gründen: 1. Die Edictal-Citation wird nicht ſo wohl um der eigentlichen Concurs-Gläubiger willen, als vielmehr aller derer erlaſſen, welche an dem Schuldner aus irgend einem Grunde etwas zu fordern haben. Die auf ſie ſo wohl als auf den erſten zur Anbringung dieſer Forderungen vor Gericht feſt geſetzten Termin verwandten Unkoſten müſſen daher nicht bloſs den Concurs-Gläubigern, oder dem, der ſonſt zur Bezahlung derſelben ſchuldig iſt, ſondern auch allen übrigen zur Laſt gebracht werden können. Dann 2. würden ja ohne dieſe Procedur die Vindicanten keine Nachricht von dem Vermögenszuſtande des Schuldners bekommen haben, und nicht im Stande geweſen ſeyn, ihre Sachen zu vindiciren, die ſich unter dem Vermögen des Schuldners befanden. Kurz, die Koſten, welche, noch ehe das eigentliche Concurs-Weſen anging, aufgewendet worden ſind, müſſen als gemeinſchaftliche Koſten angeſehen werden, und daher auch Allen zur Laſt fallen, welche bey dem Schuldenzuſtande auf irgend eine Art intereſſirt ſind, wie ſich aus dem Nachfolgenden noch mit mehrerm ergeben wird.

Was zweytens die Separatiſten betrifft, ſo müſſen dieſe 1. zwar an den ſo genannten gemeinſchaftlichen Concurs-Koſten eben ſo wie die Vindicanten Antheil zu nehmen gezwungen werden, indem auch dieſe mit auf ihren Vortheil allerdings abzwecken: hingegen 2. was die andern Concurs-Koſten betrifft, ſo ſcheint es anfänglich, als wenn ſie von der Verbindlichkeit, dieſe mitzutragen, gänzlich frey geſprochen werden müſsten: allein dies iſt nicht durchgehends der Fall, ſondern nur alsdann, wenn ſie ſogleich die Rechtswohlthat der Abſonderung

nachgesucht haben, und solche so liquid ist, dass von den eigentlichen Concurs-Gläubigern nichts dagegen eingewendet werden kann; denn ist ihrem Separations-Rechte aus hinlänglichen Gründen widersprochen, und dadurch die Absonderung verzögert worden, so müssen sie allerdings mit Antheil an den so genannten ökonomischen Concurs-Kosten in der Grösse nehmen, als die Erhaltung des Gegenstandes ihres Separations-Rechts deren Aufwendung erfordert hat. Dass sie übrigens, wenn in einem Rechtsstreite über die Separation mit den eigentlichen Concurs-Gläubigern die Kosten sind compensirt worden, den Antheil, der auf sie gefallen ist, allein zu tragen verbunden sind, versteht sich von selbst, so wie auch die Kosten der Separation selbst von ihnen allein übernommen werden müssen. An den Kosten des Concurs-Prozesses können daher die Separatisten als solche unter keinen Umständen Antheil zu nehmen gezwungen werden, man mag sich die Sache denken wie man will. Denn suchen sie 1. die Absonderung nach, so läst sich gar kein Grund einsehen, aus welchem man sie für verbunden halten wollte, diese Kosten mitzutragen, indem sie ja alsdann gar nicht an dem Concurs-Prozesse Antheil nehmen, der nur unter den eigentlichen Concurs-Gläubigern geführt werden kann, und in Ansehung dessen auch nur diese Kosten aufgewendet werden: lassen sie sich hingegen 2. mit den eigentlichen Concurs-Gläubigern in einen förmlichen Rechtsstreit über den Vorzug und die Erstigkeit der Forderungen ein, so thun sie dadurch ja stillschweigend auf die Rechtswohlthat der Absonderung Verzicht, können folglich nicht mehr als Separatisten betrachtet werden, sondern müssen mit den Concurs-Gläubigern überhaupt nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden.

Was 3. die eigentlichen und wahren Concurs-Gläubiger betrifft, so möchte es scheinen, als wenn diese zur Bezahlung der Concurs-Kosten aus eignem Vermögen durchaus verpflichtet wären, indem diese ja dadurch, dass sie Credit gegeben haben, bewirkten, dass der Concurs der Gläubiger entstand, und zu ihrem Besten allein die Kosten aufgewendet, ja, von ihnen selbst verursacht worden sind. Wenigstens scheint die Verbindlichkeit, die Concurs-Kosten zu bezahlen, in Ansehung derjenigen Gläubiger fast gar keinem Zweifel unterworfen zu seyn, welche beym Concurse wirklich ihre Befriedigung empfangen, nach der Analogie der *L. 1 D. de lege Rhod. de iactu*, wo es heisst: *Omnium contributione resarciendum est, quod pro omnibus impenditur.* Allein nichts desto weniger muss

man annehmen, dafs die Concurs-Koften auch den eigentlichen Concurs-Gläubigern fchlechterdings nicht zur Laft gelegt werden können. Denn 1. folgt daraus, dafs zu jemandes Beftem Koften aufgewendet worden find, noch nicht, dafs der, zu deffen Beftem die Aufwendung gefchehen ift, folche tragen müffe, fondern die Erftattung derfelben kann ihm nur alsdann auferlegt werden, wenn ihn die Gefetze, folche zu tragen, befonders verpflichten. Dann 2. ift ja ein jeder Gläubiger befugt, das, womit ihm der Schuldner verpflichtet ift, umfonft zu fordern, und wenn er feine Forderung fonft nur liquid machen kann, mufs der Schuldner in alle Prozefs-Koften, die er dem Gläubiger verurfacht hat, verurtheilt werden. Die Entftehung des Concurfes ift ja auch meiften Theils, und faft immer, entweder blofsen Unglücksfällen oder der übeln Wirthfchaft des Schuldners, nicht aber den Concurs-Gläubigern, zuzufchreiben. Und gefetzt auch, fie veranlafsten denfelben dadurch, dafs fie zu einer Zeit gegen den Schuldner gerichtlich andrangen, zu der derfelbe nicht Zahlung leiften konnte, fo kann ihnen diefes im geringften nicht zur Laft gelegt werden, weil fie nach der ihnen von den Gefetzen eingeräumten Befugnifs handelten. Endlich 3. kann von der oben angeführten Regel der *L. 1 D. de leg. Rhod. de iactu* hier um defswillen kein Gebrauch gemacht werden, weil folche nur alsdann Statt findet, wenn es niemanden zugerechnet werden kann, dafs etwas aufgewendet worden ift. Dies ift aber offenbar hier nicht der Fall, indem der Koftenaufwand, der beym Concurfe gemacht wird, allerdings jemanden, nämlich dem Schuldner, zur Laft zu legen ift, wie ich gleich zeigen werde.

Was nun endlich 4. den Schuldner betrifft, fo kann nur in Anfehung deffen allein die Verbindlichkeit angenommen werden, die Concurs-Koften zu bezahlen. Hat 1. der Schuldner durch feine üble Wirthfchaft den Concurs veranlafst, fo leidet diefe Behauptung weiter gar keinen Zweifel: denn wenn auch gleich durch den Concurs-Koften von ganz anderer Art veranlafst worden find, als veranlafst feyn würden, wenn jeder Gläubiger feine Forderung befonders eingeklagt hätte, fo kann doch diefes hier nichts releviren, indem doch der Schuldner das Concurs-Wefen felbft veranlafst hat, folglich ihm auch die dadurch verurfachten Koften zur Laft fallen müffen. Hat aber auch 2. der Schuldner nicht durch feine üble Wirthfchaft dazu Gelegenheit gegeben, dafs ein Concurs der Gläubiger entftanden ift, fondern ift diefer durch blofse Unglücksfälle

hervor gebracht worden, so muſs ihm doch die Verbindlichkeit, die Concurs-Kosten zu tragen, zur Last fallen: denn es ist ein bekannter Rechtssatz, daſs der Zufall denjenigen trifft, in dessen Person er sich ereignet, und dieser Satz schränkt sich nicht bloſs auf das ein, was der Zufall unmittelbar hervor bringt, sondern erstreckt sich auch auf das, was eine mittelbare Folge des Zufalls ist, mithin muſs der Schuldner nicht nur den Schaden tragen, der ihm durch den Zufall an seinem Vermögen ist zugefügt worden, sondern auch den, der als eine Folge dieses Zufalls anzusehen ist, nämlich daſs es, da seine Gläubiger ihre Befriedigung nicht erhalten können, deſshalb zum Concurse kommt und Kosten aufgewendet werden müssen. Auf allen Fall müssen daher diese Kosten wie eine neue Schuld angesehen werden, die der Schuldner contrahirt hat und bey seinem Zustande, bey welchem er nicht alle seine Gläubiger befriedigen konnte, contrahiren muſste, und die daher eben so wie seine übrigen Schulden aus seinem Vermögen bezahlt werden muſs.

Die Verbindlichkeit des Schuldners, die Concurs-Kosten zu bezahlen, flieſst nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus der allgemein in den Gesetzen anerkannten Theorie von den Verbindlichkeiten eines Schuldners gegen seinen Gläubiger: denn es ist ausgemacht, daſs ein Schuldner seinem Gläubiger alle Kosten bezahlen muſs, die er ihm in Hinsicht auf seine Forderung verursacht hat, wenn sonst das Recht des Gläubigers nur unbezweifelt war, und es läſst sich kein Grund absehen, warum das, was von einem Gläubiger und dessen Verhältnisse zum Schuldner Statt findet, nicht auch von mehrern Gläubigern und ihren Verhältnissen zum Schuldner Statt finden sollte. Es kann auch dabey nicht die Sache verändern, daſs beym Concurse Kosten vorkommen, die dann nicht vorkommen können, wenn bloſs Ein Gläubiger es mit dem Schuldner zu thun hat, nämlich die Kosten, welche bey dem Rechtsstreite der Gläubiger unter einander über den Vorzug und die Erstigkeit ihrer Forderungen aufgewendet werden, indem diese eines Theils bloſs zufällige sind, andern Theils aber aus einem gleichen Fundamente mit den andern Kosten entspringen. [b])

Ist also der Schuldner unbezweifelt verpflichtet, die Concurs-Kosten zu bezahlen, so fragt es sich nur noch: Müssen diese Concurs-Kosten aus der vorhan-

b) *Nettelbladt a. a. O.*, §. 16 folg.

denen Concurs-Maſſe beſtritten, oder beſonders von dem Schuldner bezahlt werden? In Hinſicht auf den letztern Punct würde dieſe Frage alsdann wichtig werden, wenn der Schuldner die Rechtswohlthat der Güterabtretung ergriffe, ſeinen Gläubigern ſein Vermögen abgetreten, und nun von neuem etwas erworben hätte. Der Theorie nach ſind die Concurs-Koſten unſtreitig als eine Schuld anzuſehen, die nach entſtandenem Concurſe contrahirt worden iſt. Daraus würde denn folgen, daſs ſie, wenn ſie aus der Concurs-Maſſe entrichtet werden ſollten, nicht eher entrichtet werden könnten, als bis alle eigentliche Concurs-Gläubiger befriedigt worden ſind, und wenn nichts übrig iſt, ſolche unbezahlt bleiben müſsten. Allein nach dem Gerichtsbrauche iſt angenommen worden, daſs ſie nicht nur aus der gegenwärtigen Concurs-Maſſe ſelbſt bezahlt werden müſſen, ſondern auch noch über dies einen Vorzug vor allen Schulden genieſsen ſollen, wie ich gleich weitläuftiger zeigen werde.

Aus dieſen Grundſätzen, nämlich daſs aus der Concurs-Maſſe ſelbſt die Bezahlung der Concurs-Koſten geſchehen müſſe, folgert man auch, 1. daſs der Gütervertreter die Unkoſten, welche das Concurs-Weſen erfordert, aus dem Vermögen des Schuldners oder aus der Concurs-Maſſe vorſtrecken müſſe, wenn er ſolche adminiſtrirt; 2. wenn die Wittwe eines verſtorbenen Schuldners an dem Vermögen des Mannes wegen ihres Eingebrachten das Retentions-Recht ausübt, daſs ſie die Concurs-Koſten vorſtrecken müſſe, und nicht von dieſer Verbindlichkeit befreyet werde, wenn gleich die Einkünfte des Vermögens die Zinſen des Eingebrachten nicht überſteigen ſollten; 3. daſs ein dritter Beſitzer der Güter des Schuldners die Concurs-Koſten vorſtrecken müſſe, ob er gleich ſelbſt nicht Gläubiger iſt, wenn er es nur mit den Gläubigern zu thun hat, und eben ſo, wenn ihrer Mehrere die Güter des Schuldners beſitzen ſollten, ſie alle nach der Gröſse des ſchuldneriſchen Vermögens, welches ſie beſitzen, die Concurs-Koſten vorſtrecken müſſen. c) Es läſst ſich auch gegen die Richtigkeit dieſer Sätze nichts erinnern, wenn nur überhaupt das Zurückbehaltungsrecht der Gütermaſſe bey entſtehendem Concurſe vertheidigt werden kann, wovon ich weiter unten reden werde.

c) *Mevius*, P. 2, Dec. 345; P. 5, Dec. 314; P. 6, Dec. 83.

Was zuvörderst die Zeit betrifft, zu welcher die Bezahlung der Concurs-Kosten geschehen muss, so ist zwar die gewöhnliche Zeit die, wenn das Concurs-Wesen seine Endschaft erreicht hat: indess treten doch Fälle in Menge ein, dass auch die Entrichtung der Concurs-Kosten noch während des Concurses geschieht und nothwendig geschehen muss; denn so ist es 1. dem Concurs-Gerichte, wenn der Concurs mehrere Jahre dauert, nicht anzusinnen, dass es die Gerichtsgebühren so lange creditiren soll; auch 2. empfangen der Contradictor und der Gütervertreter einen jährlichen Gehalt, den Beyde nicht mehrere Jahre stehen zu lassen brauchen, sondern jährlich dessen Entrichtung begehren können. [d]) Diese Concurs-Kosten müssen alsdann aus den Einkünften des schuldnerischen Vermögens bestritten und dem Concurse in Anrechnung gebracht werden; und sollten diese nicht zureichen, so muss zur Abführung derselben Geld aufgenommen werden, wofür alsdann der Concurs steht. [e])

Was zweytens den Platz betrifft, der den Concurs-Kosten in der Locations-Sentenz angewiesen werden muss, so behaupten die Rechtslehrer einstimmig, [f]) dass ihnen vor allen Concurs-Gläubigern ihr Platz angewiesen werden müsse, den einzigen *Rivinus* [g]) ausgenommen, der sie sogar vor den Vindicanten classificirt wissen will, welche Behauptung aber schon um desswillen gar keine Aufmerksamkeit verdient, weil sie auf die Verwechselung der eigentlichen Concurs-Gläubiger mit den Vindicanten gebauet ist. Sie begründen sich auf die *L.* 8 *D. depositi* und *L. ult.*, §. 9 *C. de iure deliberandi.* Wir wollen untersuchen, ob aus beyden Gesetzen diese Behauptung gerechtfertigt werden kann. In der *L.* 8 *D. depositi* heisst es: *Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii et in pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: id quod propter necessarium usum argentariorum ex necessitate publica receptum est. Plane sumtus caussa,*

d) Häufig trifft es sich ja auch bey Concursen, dass von beyden Personen, besonders von dem Gütervertreter, Auslagen zum Besten des Concurses gemacht werden müssen, und es würde höchst unbillig seyn, wenn man denselben mit diesen aus eignem Vermögen gemachten Auslagen bis zum Ende des Concurses warten lassen wollte.

e) *Nettelbladt a. a. O.*, §. 20, und die daselbst allegirten Rechtslehrer.

f) *Nettelbladt a. a. O.*, §. 21.

g) *Rivinus* in *Enuntiat. iur.*, T. 42, En. 9.

qui necessario factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet. Aus den Worten: *Plane sumtus caussa* etc., leiten sie die Regel ab, dass die Concurs-Kosten die Concurs-Masse *ipso iure* verringerten, und daher abgezogen werden müssten, ehe ein Gläubiger seine Befriedigung bekommen könnte. In der *L. ult.*, §. 9 *C. de iure deliberandi* heisst es: *In computatione autem patrimonii damus licentiam, excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias caussas hereditatis adprobaverit sese persolvisse.* Auch bey diesem Gesetze brauchen sie die Worte: *excipere et retinere* etc., dazu, den Satz von dem Vorzuge der Concurs-Kosten vor allen Gläubigern zu beweisen.

Dass directe der Satz von dem Vorzuge der Concurs-Kosten vor den Forderungen der eigentlichen Concurs-Gläubiger aus jenen Gesetzen nicht bewiesen werden könne, leuchtet ohne meine Erinnerung aus der blossen Ansicht der Gesetze hervor. Die *L.* 8 *D. depositi* redet von den Privilegien derjenigen, die bey einem Argentar Geld oder andere Sachen deponirt haben, räumt aber doch vor den Deponenten den *Sumtibus necessariis* den Vorzug ein, ohne zu bestimmen, was *Sumtus necessarii* hier seyn sollen. Die *L. ult.*, §. 9 *C. de iure deliber.* giebt dem Erben das Recht, wenn er nach dem von ihm errichteten Inventarium die Erbschaftsgläubiger befriedigt, zuvörderst dasjenige abzuziehen oder zurück zu behalten, was die Anfertigung des Inventariums so wohl gekostet hat, als was er sonst wegen der Erbschaft an nothwendigen Kosten hat aufwenden müssen. Beyde Gesetze reden von ganz speciellen Fällen, und enthalten keine generellen Verordnungen, nach welchen man auch in Ansehung der Concurs-Kosten eine Entscheidung fällen könnte. — Eine andere Frage aber ist es, ob man nicht indirecte und analogisch vermöge dieser Gesetze auch den Concurs-Kosten einen Vorzug vor den Forderungen der Concurs-Gläubiger einräumen kann. In Ansehung der ökonomischen Concurs-Kosten scheint mir die Bejahung dieser Frage nicht den mindesten Zweifel zu haben, indem diese zum Besten aller Gläubiger sind verwendet worden, mithin gleiche Gründe bey ihnen eintreten, aus welchen die beyden oben angeführten Gesetze entscheiden, dass die *Sumtus necessarii* dem Deponenten vorgehen sollen, und dass der Erbe sie bey Ausbezahlung der

Gläubiger zurück behalten soll. Was hingegen die Kosten des Concurs-Prozesses betrifft, so scheint in Ansehung derselben die Bejahung der oben aufgeworfenen Frage um so zweifelhafter zu seyn, als die Analogie der oben angeführten Gesetze darauf nicht angewendet werden kann; denn diese Gesetze reden von solchen Unkosten, ohne welche das Vermögen des Schuldners nicht berichtigt, auch nicht erhalten werden konnte. Dahin gehören aber die Kosten des Concurs-Prozesses nicht, indem man von diesen nicht sagen kann, dass sie zur Berichtigung und Erhaltung der Concurs-Masse wären aufgewendet worden. Allein dessen ungeachtet glaube ich doch, dass aus andern Gründen der Vorzug der Concurs-Kosten vor allen Concurs-Gläubigern vertheidigt werden kann; denn es bleibt doch alle Mahl ein ausgemachter Satz, dass auch die Kosten des Concurs-Prozesses zum Vortheile aller Gläubiger sind verwendet worden, und dass ohne Aufwendung derselben das Concurs-Wesen nicht ordentlich hätte geführt und beendigt werden können. Es ist daher auch nichts billiger, nichts der Analogie der Gesetze überhaupt gemäser, als dass diese Kosten den Forderungen aller Concurs-Gläubiger, zu deren Bestem sie doch aufgewendet worden sind, vorgezogen werden. [h])

Aus diesem Grunde muss auch in der Locations-Sentenz zuvörderst auf die Concurs-Kosten Rücksicht genommen werden, ob es auch gleich nichts schadet, wenn sie ganz darin übergangen seyn sollten, indem sie auch hernach noch mit Recht gefordert werden können, ja, wenn auch gleich das Vermögen des Schuldners bereits unter die Concurs-Gläubiger vertheilt seyn sollte, es an einem richtigen Klagegrunde nicht fehlen kann. [i]) Uebrigens kommt es auf die Formel, deren sich der Richter zu diesem Zwecke bedient, im mindesten nicht an, nur dürfen sie, der Theorie gemäss, wie Einige behaupten, nicht in die erste Classe gesetzt werden, und daher ist die Formel des Einganges der Locations-Sentenz, dass nach Abzug der dem Concurse zum Besten verwandten Kosten u. s. w. die Gläubiger in folgender Ordnung zu befriedigen, die richtigste.

h) *Nettelbladt a. a. O.*, und die daselbst befindlichen Rechtslehrer.

i) *Nettelbladt a. a. O.*, §. 23.

Was die Art betrifft, auf welche die Concurs-Koſten bezahlt werden können, und die dabey mögliche Berechnung, ſo läſst ſich dieſe dreyfach denken: 1. Wenn die Concurs-Koſten von der ganzen Maſſe abgezogen werden, ehe noch ein Concurs-Gläubiger etwas bekommt; 2. wenn ſie denjenigen Gläubigern, die nach der Locations-Sentenz ihre Forderungen entweder ganz oder zum Theil aus der Concurs-Maſſe erheben, nach der Gröſse des Erhobenen abgezogen werden; 3. wenn die Concurs-Gläubiger, die ſich in den Concurs eingelaſſen haben, ſie mögen aus der Concurs-Maſſe etwas bekommen oder nicht, nach der Gröſse ihrer Forderungen zur Bezahlung der Concurs-Koſten contribuiren müſſen. Die erſte Art der Bezahlung der Concurs-Koſten iſt von je her im Gebrauche geweſen; die zweyte iſt bloſs eine Erfindung der Sächſiſchen Rechtslehrer; [k]) und der dritten erwähnen bloſs einige Rechtslehrer. [l])

Die dritte der angegebenen Arten, die Concurs-Koſten zu bezahlen, und die damit verbundene Verrechnung derſelben nach der Gröſse einer jeden Forderung der Gläubiger, iſt allen Rechts-Principien zuwider, und hat daher auch weiter keine Vertheidiger. Wollte man ſie annehmen, ſo würde daraus folgen, daſs die Concurs Gläubiger die Koſten des Concurſes zu bezahlen verbunden wären, welches doch, nach den oben vorgetragenen Grundſätzen, durchaus nicht angenommen werden kann. Es bleibt uns daher weiter nichts übrig, als bloſs die erſte und zweyte Art, wie die Concurs-Koſten bezahlt werden müſſen, in genauere Erwägung zu ziehen, welche unter den Rechtslehrern noch ſtreitig iſt; denn es giebt Rechtslehrer, [m]) welche die erſte, auch ſolche, [n]) die die letztere Art, die Concurs-Koſten zu bezahlen, vertheidigen. Nach meiner Meinung iſt die zweyte Art, die Concurs-Koſten zu bezahlen, nicht nur die natürlichſte, ſondern auch der Billigkeit am meiſten gemäſs; denn dadurch wird eine völlige Gleichheit unter den Gläubigern in Hinſicht auf die Concurs-Maſſe erhalten, an welcher ſie alle mit einander gleiche Rechte haben, da im entgegen geſetzten

k) *Martini* in *Proc.*, T. 42, §. 4, No. 31.

l) *Schaumburg* in *Princip. prax. iudic.*, L. 2, C. 8, §. 18; und in *Compend. iur. Digestor.*, L. 42, T. 6, §. 12.

m) *Leyſer*, *Medit. ad D.*, Spec. 481, Med. 5; *Knorre*, *Anleitung zum gerichtl. Prozeſs*, B. 3, K. 7, §. 23.

n) *Puffendorf*, *Obſ. iur. univerſ.*, T. 2, Obſ. 187; *Nettelbladt*, *a. a. O.*, §. 25 folg., und die daſelbſt angeführten Rechtslehrer.

Falle, und bey der erstern Art, die Concurs-Kosten zu bezahlen, nothwendig einige Gläubiger zu kurz kommen müssen. Es ist auch die zweyte Art der Bezahlung der Concurs-Kosten, wie *Leyser* o) glaubt, nicht mit so vielen Schwierigkeiten in Ansehung der Berechnung verbunden, wie *Estor* p) gezeigt hat, der von dieser Berechnung umständlicher handelt. Allein nichts desto weniger ist nach dem gemeinen Rechte die erstere Art, die Concurs-Kosten zu bezahlen, allein üblich, daher es keiner weitern Ausführung dieser Materie bedarf, indem sich auch die Berechnung der Concurs-Kosten hier von selbst ergiebt. q)

Von den eigentlichen Concurs-Kosten, von welchen ich bisher gehandelt habe, unterscheiden sich diejenigen Kosten, welche auch zwar durch den Concurs verursacht werden, aber nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden können, sondern vielmehr entweder den Concurs-Gläubigern oder dem Schuldner zur Last fallen müssen. Dahin gehören vorzüglich r) die Kosten, welche entweder die Concurs-Gläubiger oder der Schuldner durch Annahme eines besondern Sachwalds zur Betreibung ihrer respective Concurs-Angelegenheiten verursacht haben. In Ansehung des Schuldners hat diese Behauptung um so weniger Bedenken, so bald nur gerichtlich eine Person bestellt war, die seine Rechte so wohl als die Rechte der übrigen Gläubiger gegen einen seine Forderung einklagenden Gläubiger vertrat. In Ansehung der Gläubiger hingegen scheint diese Behauptung um so mehr Bedenken zu haben, als diese ja nicht ohne einen rechtlichen Beystand ihre Forderungen gehörig liquidiren, oder ihre sonstigen Ge-

o) *A. a. O.*

p) *Von Abfassung der Urtheile und Bescheide*, §. 1060.

q) Weitläuftig handelt hierüber *Nettelbladt a. a. O.*, der diese Art, die Concurs-Kosten zu bezahlen, nach natürlichen und positiven Rechten untersucht.

r) Ich sage: vorzüglich, denn ausser diesen giebt es allerdings noch eine Menge anderer Kosten bey Concursen, die nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden können. So z. B. rechnet *Schaumburg*, in *Princip. prax. iur. iud.*, L. 2, C. 8, §. 17, not. *, noch diejenigen Kosten hierher, welche dadurch aufgewendet worden sind, dass einige Gläubiger gegen die Locations-Sentenz ein *Remedium suspensivum* oder *devolutivum* interponirt haben. Kurz, man kann hier die Regel annehmen: Alle beym Concurse aufgewendete Kosten, welche die Betreibung der Angelegenheiten einzelner Gläubiger verursacht hat, können nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden, sondern müssen einstweilen den Gläubigern selbst zur Last fallen, von welchen sie aufgewendet worden sind.

rechtſamen in Anſehung derſelben wahrnehmen konnten, auch nach den Geſetzen berechtigt waren, wenn ſie ſo gegen den Schuldner geklagt und ihre Forderungen gehörig erwieſen hatten, alle dadurch gehabte Koſten erſetzt zu verlangen. Allein nichts deſto weniger müſſen ihnen für jetzt wenigſtens dieſe Koſten zur Laſt fallen, weil ſie nicht zum gemeinen Beſten, ſondern zum Vortheile eines jeden Gläubigers beſonders ſind aufgewendet worden. Ob ſie ſich wegen dieſer Koſten nicht in der Folge an den Schuldner, wenn dieſer zu beſſern Umſtänden gelangen ſollte, halten können, iſt eine andere Frage, welche zu bejahen ich mir allerdings getraue.

FÜNF UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Anfang und Ende des Concurſes.

Das Ende des Concurſes erfolgt unſtreitig mit der Vertheilung des ſchuldneriſchen Vermögens unter die Gläubiger, wie dies auch ſchon bey den Römern der Fall war. Die Locations-Sentenz ſo wenig, als der Diſtributions-Beſcheid giebt dem Concurſe ſeine Endſchaft. Der Termin, in welchem die wirkliche Vertheilung des ſchuldneriſchen Vermögens geſchieht, iſt folglich als der Zeitpunct zu betrachten, in dem das Concurs-Weſen aufhört. Was bis zu dieſem Termine dem Schuldner anheim fällt, gehört, wenn keine *Ceſſio bonorum* geſchehen iſt, noch zur Concurs-Maſſe. — Mit dem beendigten Concurs-Weſen tritt der Schuldner in alle Rechte wieder ein, welche durch den Concurs aufgehoben waren. Wenn auch keine Güterabtretung beym Concurſe geſchehen iſt, ſo wird doch das, was ihm nach beendigtem Concurſe anheim gefallen iſt, wieder ſeiner freyen Diſpoſition unterworfen, und er kann darüber verfügen, wie er will. Man erlaubt bey uns den Gläubigern, welche beym Concurſe leer ausgingen, nicht, ſofort wieder über den Schuldner herzufallen, und ihn des neu erworbenen Vermögens zu berauben, ſondern ſie müſſen ihm Zeit zu ſeiner Erhohlung laſſen. Man wendet das bey uns im Allgemeinen auf die aus einem Concurſe kommenden Schuldner an, was das Römiſche Recht in Anſehung derjenigen vorſchreibt, welche ihr Vermögen den Gläubigern abgetreten hatten. Aehnliche Grundſätze nahm man auch ſchon bey den Römern zu *Juſtinians* Zeiten an, wie ich oben gezeigt habe.

Grösſern Schwierigkeiten iſt die Frage über den Anfang des Concurſes unterworfen. Sie könnte den Rechtsgelehrten gleichgültig ſeyn, wenn davon nicht, wie zu Ende des vorigen Kapitels gezeigt worden iſt, die richtige Anwendung der Paulianiſchen Klage und des fraudatoriſchen Interdicts abhinge. Vor allen Dingen iſt zu bemerken, daſs mit der Frage: Wenn nimmt der Concurs ſeinen Anfang? eine andere Frage, nämlich die: Was iſt erforderlich, um überall einen Concurs annehmen zu können? nicht verwechſelt werden darf. Ein Concurs ſetzt, nach der gemeinen Lehre, überall 1. das Daſeyn mehrerer Gläubiger voraus, d. h. hier: ſolche, welche ein vollkommenes Recht haben, aus dem Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung zu verlangen, und ſie auch wirklich begehren. Ein Gläubiger, wenn ſeine Forderung auch das ganze Vermögen des Schuldners überſteigen ſollte, kann doch den Zuſtand nicht hervor bringen, den wir Concurs der Gläubiger nennen. Schon der Nahme zeigt das hinlänglich, welcher auf eine Concurrenz hinweiſet. Es müſſen alſo durchaus mehrere Gläubiger vorhanden ſeyn, wenn gleich viele Wirkungen des Concurſes, wovon ich dereinſt ſprechen werde, z. B.: daſs der Schuldner die Dispoſition über ſein Vermögen verliert, u. ſ. f.; auch bey Einem Gläubiger ſehr gut gedacht werden können und gedacht werden müſſen. Aber wie viele Gläubiger zur Hervorbringung eines Concurſes erforderlich ſind, iſt in den Geſetzen nicht entſchieden. Angeſehene Rechtslehrer [s]) halten ſchon zwey für hinlänglich, welchen auch ich beypflichte; aber nicht wegen der Analogie der *L. 12 D. de teſtib.*, wo es heiſst: *Pluralis elocutio duorum numero contenta eſt,* ſondern weil ſich bey zwey Gläubigern ſchon der Concurs als ſolcher mit ſeinen vorzüglichſten Wirkungen denken läſst. — 2. Die mehrern Gläubiger müſſen verſchiedene Forderungen haben, und deſshalb mit verſchiedenen Klagen hervor treten können. Denn ſind gleich verſchiedene Gläubiger vorhanden, haben aber alle gegen den Schuldner nur Eine Klage, ſo ſind ſelbige Streitgenoſſen, (*litis Conſortes,*) die folglich zuſammen genommen nur wie ein einziger Gläubiger angeſehen werden müſſen, und unter welchen die Wirkungen des Concurſes nicht alle Statt finden können. — Aber auch das bloſse Daſeyn der Gläubiger genügt noch nicht,

s) *Ludovici*, *Concurs-Prozeſs*, Kap. 1, *Knorre*, *Anleitung zum gerichtl. Prozeſs*, §. 2, Not a; *J. G. Schaumburg*, *Princip.* B. 3, Kap. 7, §. 1, Lit. a; *Kraft*, *Pract. prax. iurid. iudiciar.*, L. 2, C. 8, §. 1; *Anmerk. über den Concurs-Prozeſs*, §. 1, Not. a.

ſondern ſie müſſen ſich 3. mit ihren Forderungen gerichtlich melden, oder, mit den Geſetzen zu reden, *inſtare*, [t]) und der Schuldner muſs nicht im Stande ſeyn, ſie zu befriedigen. Es muſs alſo aus dem *Concurſus creditorum* eine Colliſion entſpringen, und dieſe Colliſion begründet eigentlich das Weſen des Concurſes. Man muſs ſich folglich hier mehr an die Sache als an die Wörter halten.

Es giebt indeſs auch Rechtslehrer, [u]) welche ſchon in das alleinige Daſeyn mehrerer Gläubiger und in die Unzulänglichkeit des ſchuldneriſchen Vermögens, ſie zu befriedigen, das Weſen des Concurſes ſetzen. Beyde können Recht haben, je nachdem man auf den Zuſtand der Colliſion an und für ſich ſelbſt, oder den Ausbruch der Colliſion bey dem gerichtlichen Antrage Rückſicht nimmt.

Was den Anfang des Concurſes ſelbſt betrifft, ſo unterſcheiden die meiſten Rechtslehrer das Bevorſtehen des Concurſes, (*Imminentia concurſus*,) und den Anfang, (*Exordium*,) deſſelben. Ueber die eigentliche Beſtimmung dieſes doppelten Zeitpuncts hat man ſich jedoch bisher ſo wenig vereinbaren können, daſs es faſt ſo verſchiedene Meinungen darüber giebt, als Rechtslehrer vorhanden ſind, die in ihren Schriften dieſen Punct entweder abſichtlich oder nur nebenher berührt haben. Ich muſs hier der Vollſtändigkeit halber wenigſtens die Meinungen der vorzüglichſten Rechtslehrer anführen.

Was zuerſt das Bevorſtehen des Concurſes betrifft, ſo ſetzen einige Rechtslehrer ſolches in den Zeitpunct, da mehrere Gläubiger, und zwar zu gleicher Zeit, gegen den Schuldner auf ihre Befriedigung gerichtlich andringen, die derſelbe aus ſeinem Vermögen nicht befriedigen kann. *Pluribus creditoribus*, ſagt *Schaumburg*, [v]) *uno tempore inſtantibus ſingulorum creditis ſatisfieri nequeat, concurſus imminere intelligitur.* Mit dieſem Begriffe, den ſich *Schaumburg* vom Bevorſtehen des Concurſes macht, ſtimmt *Hänlein* [w])

t) *L.* 6, §. 2 *D. de reb. auct. iud. poſſid.* — Eine auſsergerichtliche Erinnerung an den Schuldner, mit der Bezahlung einzuhalten, iſt nicht hinreichend. *Cannegieſser* in *Deciſ. ſumm. appell. ſenat. Haſſ.-Caſſ.*, T. 2, Dec. 236, No. 6.

u) *Schaumburg, l. c.*, Lib. II, C. 8 Not. ***; *Joh. Ferd. Gabr. Schulin*, in *Meditat. ad ſelect. quasd. different. iuris commun. et Brandenburg. Baruthini in materia de concurſu creditor.*, Mogunt. 1781, §. 2.

v) *L. c.*, Cap. 8, §. 1.

w) In der D. *de act. Paul. natura, requiſitis et uſu forenſi*, pag 43.

faſt wörtlich überein, wenn er ſagt: *Imminens concurſus dicitur, ſi plures creditores debitori inſtent, ac ſolutionem efflagitent, debitor autem iis, quod debet, praeſtare nequeat*, auſser daſs hier die Worte: *uno tempore*, weggelaſſen ſind. Andere hingegen, z. B. *Mencken*,[x]) ſetzen das Bevorſtehen des Concurſes in den Zeitpunct, da der Schuldner ſo verſchuldet iſt, daſs ſein vorhandenes Vermögen nicht mehr zur Befriedigung ſeiner Gläubiger hinreicht. Sehr unbeſtimmt ſchreibt *Frick*[y]) vom Bevorſtehen des Concurſes: *Eo tempore, quo debitor ſcire incipit, opes non ſufficere ad disſolvendum aes alienum, diſcimus, imminere concurſum creditorum. Klüber*[z]) endlich nennt den Concurs einen bevor ſtehenden, wenn zwar des Schuldners Vermögen zur Befriedigung ſeiner Gläubiger nicht mehr hinreicht, aber noch nicht ſo viele von ihnen gegen den Schuldner geklagt haben, daſs es auch zur Befriedigung der gerichtlich angedrungenen Gläubiger nicht mehr hinreichend wäre.

Eine weit gröſsere Verſchiedenheit in den Meinungen der Rechtslehrer trifft man zweytens an, wenn von Beſtimmung des Anfanges des Concurſes der Gläubiger die Rede iſt. Der berühmte Spaniſche Rechtsgelehrte *Salgado de Samoza*[a]) ſetzt den Anfang des Concurſes in den Zeitraum, da der Schuldner die Rechtswohlthat der Güterabtretung ergriffen, und erklärt hat, daſs er ſeinen Gläubigern ſein Vermögen hingeben wolle, um darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren. Ihm ſind unter andern *Mevius*[b]) und *Schöpf*[c]) in dieſer Behauptung gefolgt, wogegen andere Rechtslehrer dieſe Meinung als ganz unzulänglich verwerfen, gleichwohl aber den Anfang des Concurſes ganz verſchieden beſtimmen. So z. B. ſetzt *Rechenberg*[d]) den Anfang des Concurſes in die Zeit, zu der der Schuldner von dem Richter der Verwaltung ſeines Vermögens entſetzt wird; *Bönigke*[e]) in die Zeit, zu der ein Gütervertreter von dem Richter

x) *De act. Paul.*, §. 18.

y) In *L. ſing. de revoc. tam reb. alienat. quam nummis ſolutis imminente aut moto concurſus indicio*, §. 2. — Siehe auch *Joh. Henr. Stepf Syſtematiſche Lehre vom Contradictor*, §. 15.

z) *Kleine juriſt. Bibliothek*, B. 1, St. 1, S. 47. 48.

a) In *Labyr. credit. concurr.*, P. 1, Cap. IV, §. 1.

b) In *Deciſ.*, P. VI, Dec. 103.

c) In *Deciſ.*, P. II, Dec. 143.

d) In der Diſſ. *de computo momenti, quo concurſus creditorum incipit*, Lipſ. 1739.

e) In *Pract. pract.*, C. 38.

bestellt wird; *Griebner* f) in die Zeit, zu der mehrere Gläubiger auf ihre Befriedigung gegen den Schuldner antragen; *Leyser* g) in die Zeit, zu der der Richter die Edictal-Citation erlassen und sämmtliche Gläubiger des Schuldners zusammen berufen hat; *Gmelin* h) in die Zeit, zu der so viele Gläubiger gegen den Schuldner auf ihre Befriedigung angetragen haben, dass er nicht mehr im Stande ist, selbige zu bezahlen; und endlich *Walch* i) in die Zeit, zu der des insolventen Schuldners Güter auf die Gläubiger übergetragen werden. Der Letztere bestimmt diesen allgemein ausgedruckten Satz noch folgender Gestalt näher: Entweder hat der Schuldner förmlich das *Beneficium cessionis bonorum* ergriffen, oder er hat solches nicht gethan. Ist das erstere, so hebt der Concurs mit der Güterabtretung an, wogegen der Schuldner sich im letztern Falle entweder flüchtig gemacht hat oder nicht. In dem erstern Falle ist in diese Zeit der Anfang des Concurses nebst den davon abhängenden Rechtswirkungen zu setzen; in dem letztern Falle bestimmt aber das *Decretum de aperiundo concursu* oder die Edictal-Citation den Anfang des Concurses. Bey einem solchen Dissens über den Anfang des Concurses hat es auch nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche sich durch die Zusammenstellung mehrerer von ihren Vorgängern angenommener Bestimmungen von dem Anfange des Concurses helfen, und dadurch eine allgemeine Norm zur Regulirung dieses so schwierig scheinenden Puncts fest setzen wollen, ohne daran zu denken, dass fast von jedem derselben ein verschiedener Gesichtspunct bey der Bestimmung des Anfanges des Concurses gewählt worden ist, mithin nothwendiger Weise aus solcher Zusammenstellung eine offenbare Ungereimtheit entstehen muss. So sagt z. B. *Burgmann:* k) *Quodsi vero vel ipse debitor se non amplius solvendo esse fassus, bonis cesserit, atque ad flebile beneficium cessionis provocando, convocationi creditorum suorum ansam praebuerit, vel hi solutionem urgentes concursui formando insistant, vel etiam iudex bona debitoris custodiae causa obsignet, tunc de eiusdem natalibus praesentissimis amplius dubitari nequit.*

f) In *Princ. prax. iud.*, L. 2, C. 9, §. 1.

g) In *Medit. ad Pand.*, Spec. 438, Medit. 7.

h) In der *Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger*, §. 3.

i) In der Diss. *de compensatione in concursu creditor.*, Ien. 1770; siehe auch dessen *Controvers. iuris civilis*, P. IV, C. 3, Membr. 1, §. 1 der neuesten Ausgabe.

k) In der Diss. *de exordio concursus creditor.*, Gött. 1773, §. 8.

Ich will verſuchen, ob ich den Knoten auflöſen kann, ohne ihn zu zerhauen. Es iſt, dünkt mich, keinem Zweifel unterworfen, daſs alle Rechtslehrer, welche verſucht haben, den Anfang des Concurſes zu beſtimmen, den Unterſchied nicht im Auge gehabt haben, ob von dem Anfange des Concurſes überall, oder zum Behufe der Anwendung der im dreyzehnten Kapitel vorgetragenen Grundſätze die Rede iſt. — In der letztern Hinſicht iſt die Frage nur eigentlich wichtig, in der erſtern kann man ſie als eine Spielerey anſehen.

Will man den Anfang des Concurſes im Allgemeinen beſtimmen, ſo kommt es wieder darauf an, ob man ſich die Colliſion der Forderungen der Gläubiger nach den Umſtänden als möglich, oder ob man ſie ſich ſchon als wirklich denkt. Im erſtern Falle würde der Concurs ſchon in dem Augenblicke anfangen müſſen, in dem ſo viele Gläubiger vorhanden ſind, daſs ſie aus dem unzureichenden Vermögen des Schuldners nicht mehr befriedigt werden können. — Im letztern Falle würde ſich der Anfang des Concurſes erſt von dem Zeitpuncte an datiren müſſen, in dem ſo viele Gläubiger gegen den Schuldner klagend auftreten, daſs die Forderungen dieſer klagenden Gläubiger nicht mehr aus ſeinem Vermögen befriedigt werden können. Das Bevorſtehen des Concurſes, ſo wohl in dem erſtern als letztern Falle, würde ſich darnach ſchon von ſelbſt beſtimmen. — Man würde hier auch noch zwiſchen dem Anfange des Concurſes ſelbſt und dem Anfange des Concurs-Prozeſſes unterſcheiden müſſen. Der Anfang des Concurs-Prozeſſes würde in die Zeit geſetzt werden müſſen, in der nach fruchtlos abgelaufenem Verſuche, einen Nachlaſsvertrag zu Stande zu bringen, die Gläubiger ihre Forderungen liquidiren und ſich mit dem Contradictor einlaſſen müſſen.

Aber wozu alles dieſes? Die Frage: Wenn nimmt der Concurs ſeinen Anfang? kommt ja überall nur in ſo fern in rechtliche Betrachtung, als darnach beſtimmt werden ſoll, von welcher Zeit an der Schuldner die Diſpoſition über ſein Vermögen verliert. Wir dürfen uns hier durchaus nicht unſrer Phantaſie überlaſſen, ſondern wir müſſen die Analogie der Römiſchen Geſetze zu Hülfe nehmen, und darnach die Frage beantworten, ſollte auch die Antwort auf die Frage, wie ſie geſtellt iſt, nicht paſſen; denn es kommt ja hier nicht auf die Worte an, ſondern auf den Sinn, den man mit der Frage verbindet.

Die Gesetze haben einen festen Zeitpunct bestimmt, von welchem an die Disposition des Schuldners über sein Vermögen aufhören soll. Dies ist, wie ich im dreyzehnten Kapitel gezeigt habe, die *Cessio* und *Immissio*. Durch die erstere sondert sich der Schuldner selbst freywillig von seinem Vermögen ab, durch die letztere wird er unter obrigkeitlicher Auctorität davon abgesondert. — Deutlich zeigt es sich aus dieser gesetzlichen Bestimmung, daſs nicht von einem bloſs willkührlich gesetzten Anfange des Schuldenwesens, oder, wie man heutiges Tages zu sagen pflegt, des Concurses, sondern von einer Zeit an die Disposition des Schuldners über sein Vermögen verloren gehen soll, zu der dasselbe auf die Gläubiger ist übergetragen worden, um darüber zu ihrem Vortheile zu verfügen. — Die Weisheit der Gesetzgebung ist hier durchaus nicht zu verkennen. Wie oft würde nämlich ohne diese Bestimmung nicht ein Staatsbürger, der, unbekannt mit dem Zustande des Schuldners, sich mit demselben in Verhandlungen über sein Vermögen eingelassen hätte, dadurch gefährdet werden. — Das wollen aber die Gesetze nicht. Jeder Bürger des Staats soll so lange freyer Herr und Eigenthümer seines Vermögens bleiben, bis er sich von seinem Vermögen entweder selbst abgesondert hat, oder unter obrigkeitlicher Auctorität davon ist abgesondert worden. Damit aber auch die Gläubiger bey diesem Princip nicht zu kurz kommen mögen, sind ihnen ja die Paulianische Klage und das fraudatorische Interdict verliehen worden, mit welchen Rechtsmitteln sie die vor geschehener *Cessio* oder *Missio* von dem Schuldner betrügerischer Weise vorgenommenen Vermögensverringerungen anfechten und umstoſsen können. — Da über dies, (nach, S. 411,) bey dem Beweise der betrügerischen Absicht des Schuldners den Gläubigern gegründete Rechtsvermuthungen zu Statten kommen, so kann es ihnen um so weniger fehlen, einen Nachtheil, den sie durch eine vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* vorgefallene Vermögensveräuſserung von Seiten des Schuldners erlitten haben, wieder gut zu machen.

Es läſst sich freylich nicht läugnen, besser kommen immer die Gläubiger weg, wenn man annimmt, der Anfang des Concurses, so wie ich ihn oben im Allgemeinen bestimmt habe, hebe schon die Verfügung des Schuldners über sein Vermögen auf: denn dabey würde auch die geringste Disposition des Schuldners über sein Vermögen schon von selbst ungültig seyn, und würde es der Paulianischen Klage nicht erst bedürfen, welche, wenn sie gleich, (nach S. 411,)

durch Rechtsvermuthungen unterstützt wird, doch nicht jede vor geschehener *Cessio* oder *Missio* vorgefallene Verfügung des Schuldners über sein Vermögen wegen Vermuthung einer betrügerischen Absicht vernichten kann. Allein das darf nun einmahl, ohne der gesetzlichen Bestimmung zu nahe zu treten, nicht geschehen, und müssen wir daher, wenn wir heutiges Tages von dem Anfange des Concurses das Aufhören der Verfügung des Schuldners über sein Vermögen datiren wollen, diesen Anfang so bestimmen, dass er mit der Römischen Gesetz-Theorie nicht in Widerspruch steht. [1])

Hier zeigt sich nun aber erst die Schwierigkeit. Bey den Römern liess sich die Sache leicht ausmitteln. Eins von beyden, entweder die *Cessio* oder *Immissio*, kam bey jedem Römischen Schuldenwesen vor. Man konnte also nur von daher, um mich des gangbaren Ausdrucks zu bedienen, den Anfang des Concurses datiren. Aber bey uns kommt die *Immissio* gar nicht mehr und die *Cessio* äusserst selten vor.

Ich glaube indess, es lässt sich auf folgende Art am besten aus der Sache kommen. Die Römer datirten den Anfang des Concurses zu dem Ende, um zu bestimmen, ob der Schuldner noch über sein Vermögen verfügen könne oder nicht, von der Zeit an, zu der der Schuldner der Disposition über sein Vermögen sich selbst entsetzt hatte, oder derselben war entsetzt worden. An diesen Satz müssen wir uns halten, und darnach den Anfang des heutigen Concurses in der mehrgedachten Rücksicht bestimmen. Es lassen sich diesem zu Folge nachstehende Fälle denken.

I. Es erscheint der Schuldner, ohne dass er von seinen Gläubigern in gerichtlichen Anspruch genommen worden ist, oder auch nachdem solches geschehen ist, vor Gericht, erklärt sich für insolvent, und bietet die Abtretung seines Vermögens an. In diesem Falle datirt sich der Anfang des Concurses von dieser Erklärung des Schuldners. Die nun folgenden richterlichen Verfügungen, z. B. die Erlassung der Edictal-Citation, Exmission des Schuld-

1) Ich weiche bey der Bestimmung des Anfanges des Concurses hier von den ehemahls behaupteten Grundsätzen gänzlich ab. Ich verdanke die bessere Theorie, welche ich hier vortrage, den scharfsinnigen Erinnerungen der Herren *von Almendingen*, (*Ueber den materiellen Concurs der Gläubiger*,) und *Burchard*, (*Ephemeriden der theoretischen und practischen Rechtsgelahrtheit*, St. 1 und 2.)

ners u. ſ. w., kommen nicht weiter in Betrachtung; der Schuldner hatte ſich ja ſchon vorher von ſeinem Vermögen losgeſagt.

II. Es geſchieht dieſes nicht, ſondern es ergiebt ſich bey dem gerichtlichen Andringen der Gläubiger entweder aus der Erklärung des Schuldners ſelbſt, oder aus der Unterſuchung ſeines Vermögenszuſtandes, daſs er inſolvent iſt, und daſs zur Formirung des Concurſes geſchritten werden muſs. Hier laſſen ſich wieder folgende Fälle denken:

1. Der Richter verſiegelt das Vermögen des Schuldners, oder er exmittirt denſelben, oder endlich, er unterſagt demſelben auch nur alle Vermögensveräuſserung. Hier muſs von dieſer Zeit an der Anfang des Concurſes datirt werden, weil alle dieſe Handlungen die Stelle der Römiſchen Immiſſion vertreten.

2. Der Richter erläſst bloſs, nachdem ſich die Inſolvenz des Schuldners ergeben hat, ohne weitere Vorkehrungen zur Sicherheit der Gläubiger zu treffen, die Edictal-Citation; zeigt darin an, daſs der Schuldner in Concurs verfallen ſey; und ruft die Gläubiger zuſammen. — Hier iſt nun die Hauptſchwierigkeit. Soll man annehmen, daſs die Erlaſſung der Edictal-Citation den Anfang des Concurſes begründe, und daſs dieſer von dem Datum der Edictal-Citation zu berechnen ſey? — Oder ſoll man lieber gar mit der Zeit, in der ſich die Inſolvenz des Schuldners und die Nothwendigkeit, einen Concurs zu formiren, gezeigt haben, den Concurs anfangen? Es iſt ja der Schuldner hier nicht unter obrigkeitlicher Auctorität ſeines Vermögens förmlich entſetzt worden, noch hat er ſich deſſelben ſelbſt entſetzt. Die Analogie der Römiſchen *Immiſſio* paſst folglich hier nicht ganz.

Ich glaube jedoch, man kann füglich annehmen, daſs mit dem Datum der erlaſſenen Edictal-Citation der Concurs anfange; denn indem der Richter die Gläubiger zuſammen beruft, um das Concurs-Weſen einzuleiten, erklärt er ſtillſchweigend den Schuldner der Dispoſition über ſein Vermögen verluſtig. Die Erlaſſung der Edictal-Citation kann mit Aufrechthaltung der ſchuldneriſchen Vermögens-Dispoſition durchaus nicht beſtehen. Es iſt folglich ganz einerley, ob der Richter es bey

der Erlaſſung der Edictal-Citation bewenden läſst, oder ob er den Schuldner ſeines Vermögens förmlich entſetzt.

Ich habe des Falles gar nicht gedacht, wenn der Schuldner flüchtig wird. Was hier Rechtens iſt, ergiebt ſich von ſelbſt. Man kann in ſolchem Falle füglich annehmen, der Schuldner habe ſein Vermögen derelinquirt, und daſſelbe ſeinen Gläubigern Preis gegeben, ſich alſo deſſelben ſelbſt entſetzt. — Sollte er daher noch, nachdem er flüchtig geworden iſt, über ſein Vermögen verfügt haben, ſo würde eine ſolche Verfügung ſchon aus dem Grunde der Dereliction für ungültig erklärt werden müſſen, da es bekannt iſt, daſs eine Sache nicht bloſs ausdrücklich derelinquirt werden kann, ſondern auch eine ſtillſchweigende Dereliction ganz die Wirkungen der ausdrücklichen hat. — Und wollte man auch dieſe Behauptung gelten laſſen, ſo würde es doch gar keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daſs mit der Paulianiſchen Klage eine ſolche Vermögens-Diſpoſition wegen unvermutheter böslicher Abſicht des Schuldners umgeſtoſsen werden könnte.

SECHS UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Verhältniſs der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten bey einem heutigen Concurſe, beſonders über Retentions- und Compenſations-Recht. — Beſtimmung der Rechte der Gläubiger an dem ſchuldneriſchen Vermögen.

Das I. Verhältniſs der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten bey einem heutigen Concurſe iſt noch ganz daſſelbe, als ich es im zehnten Kapitel angegeben habe. Noch bey uns befinden ſich die Gläubiger, (S. 278,) in Abſicht des ſchuldneriſchen Vermögens in Gemeinſchaft; noch bey uns findet, (S. 279 folg.,) die active ſo wohl als paſſive Repräſentation der Gläubiger in Abſicht der Perſon des Schuldners Statt. — Es hat indeſs das heutige Schuldverfahren in den Vorſchriften des Römiſchen Rechts mehrere wichtige Veränderungen hervor gebracht, mit welchen wir uns hier ausführlich beſchäftigen müſſen.

Was a. die durch den Concurs hervor gebrachte Gemeinſchaft unter den Gläubigern betrifft, ſo wird dieſe bey uns durch den Satz beſtimmt, daſs, ſo

lange der Concurs-Richter über die Richtigkeit und den Vorzug der Forderungen sämmtlicher Gläubiger nicht entschieden hat, keiner von ihnen seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erlangen darf. m) Dieser Satz, welcher aus der durch die Insolvenz des Schuldners hervor gebrachten Connexität der verschiedenen Anforderungen der Gläubiger abgeleitet werden muss, und daraus auch schon bey den Römern abgeleitet wurde, ist so allgemein, dass nach entstandenem Concurse auch eine sonst noch so privilegirte Verbindlichkeit gegen den Schuldner nicht dergestalt in Anregung gebracht werden darf, dass die Befriedigung derselben erfolge. So z. B. ist die Wechselverbindlichkeit von den Gesetzen noch so sehr begünstigt worden, und dessen ungeachtet kann nach entstandenem Concurse der Wechselgläubiger seine Befriedigung nicht aus dem Vermögen des Schuldners sogleich fordern, sondern er ist verbunden, das Ende des Concurses und die richterliche Locations-Sentenz abzuwarten. n) — Und eben das gilt von allen übrigen Verbindlichkeiten, welche durch den Executions-Prozess verfolgt werden. — Ja, wenn auch ein Gläubiger durch ein noch so rechtskräftiges Urtheil ein Recht gegen den Schuldner erstritten hätte, so hindert doch der Eintritt des Concurses die Vollstreckung desselben, indem nun zwischen den Angelegenheiten dieses Gläubigers und denen der übrigen Concursgläubiger eine Connexität entsteht, welche die wirkliche Befriedigung bis auf die vom Richter bestimmte Ordnung, in welcher die allgemeine Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll, aufschiebt. o) Gleicher Gestalt hindert auch der Concurs alle Immissionen und Ad-

m) Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich schon aus der Eigenschaft des Concurs-Wesens, und wird noch über dies durch die Analogie des Römischen Rechts unterstützt. Man sehe z. B. *L.* 6, §. 7 D. *quae in fraud. creditor.*, wo es heisst: *Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque caeteris creditoribus, neque enim debuit praecipere caeteris post bona possessa, cum iam par omnium conditio facta esset.*

n) Uebrigens behindert der Concurs den Wechselgläubiger nicht, den Schuldner dem Wechsel-Arreste zu unterwerfen. *v. Pufendorf Observ. iur. universi*, T. 4, Obs. 33; *Chr. Iac. Veiel de iure, personam debitoris non obstante concursu creditorum ex cambio persequendi ac detrudendi in carcerem*, Ien. 1749. Es kann sich auch der Schuldner von dem Wechsel-Arreste durch die Rechtswohlthat der Güterabtretung nicht befreyen, indem er durch Contrahirung der Wechselverbindlichkeit darauf stillschweigend Verzicht geleistet hat. Vergleiche *Olearius de renunc. cessionis bonorum a debitore facta*, Lips. 1703.

o) *Struben* in den *rechtlichen Bedenken*, Th. 4, Bed. 37; *Wernher Observ. forens.*, Th. II, P. VIII, Obs. 271; *Mevius* in *De-*

judicationen eines oder des andern Gläubigers, indem diese Handlungen darauf abzwecken, einem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen. Aus der durch den Concurs hervor gebrachten Gemeinschaft entspringt auch 1. das Interventions-Recht der Gläubiger, vermöge dessen sie auf den Fall, wenn der Richter einem oder dem andern aus ihrem Mittel vor gefällter Locations-Sentenz zu seiner Befriedigung verhelfen, oder demselben sonstige Vortheile einräumen wollte, sich ins Mittel schlagen, und solches behindern können; p) ingleichen 2. das Recht, die nach eingetretenem Concurse durch die Vollstreckung einer richterlichen Sentenz oder auf eine andere Art erfolgte Befriedigung eines Gläubigers, oder die ihm verwilligte Immission oder Adjudication als ungültig anzufechten, die demselben geleistete Zahlung zur Concurs-Masse zurück zu fordern, q) und ihn zu zwingen, in Ansehung seiner Befriedigung abzuwarten, welchen Platz ihm der Richter in der Classifications-Sentenz anweisen werde. Man sieht aus dieser Darstellung, dass bis dahin an der Vorschrift des Römischen Rechts noch nichts abgeändert worden ist; aber jetzt kommen wir zu dem Lehrsatze, der eine wichtige Abänderung der Römischen Rechts-Principien veranlasst hat.

cis., P. VI, Dec. 103; *Cannegiesser* in *Decis. summ. appell. senat. Hass.-Cassel.*, T. II, Dec. 247. — So allgemein auch dieser Satz von den Rechtslehrern vertheidigt wird, so wollen doch viele davon alsdann eine Ausnahme gemacht wissen, wenn das Vorzugsrecht eines Gläubigers nach vorgängiger Berichtigung seiner Forderung völlig klar ist, und derselbe sein Geld nothwendig braucht: *Brunnemann*, *de processu concursus creditorum*, C. 1, §. 8, No. 5; *Leyser*, *Medit. ad Pandect.*, Spec. 479, in Coroll., welche Behauptung auch, meiner Meinung nach, mit den vorgetragenen Grundsätzen sehr wohl bestehen kann, voraus gesetzt, dass nur das Vorzugsrecht dieses Gläubigers vor allen andern gar keinem Zweifel mehr unterworfen ist.

p) *Mauritius de iure intervent.*, §. 23 seq. Eben daher entspringt auch die Befugniss der Gläubiger, alsdann ins Mittel zu treten, wenn etwa der zur Untersuchung der Schuldenrichtigkeit bestellte *Contradictor* seinem Amte nicht treu obliegt, sondern einem Gläubiger in Ansehung seiner Forderungen mehr einräumt, als ihm doch den Rechten nach zugestanden werden kann, oder einem Vindicanten bey der Ausübung des Vindications-Rechts durch die Finger sieht. Man vergleiche *Ludovici* im *Concurs-Prozesse*, K. 5, §. 6.

q) Jedoch behauptet *Berger* in *Elect. discept. forens.*, Suppl., P. 2, Tit. 4, Suppl. 1, dass dieses Rückforderungsrecht den Gläubigern nur alsdann erst zu gestatten sey, wenn nach der Locations-Sentenz aus dem Bestande der Gütermasse erhellt, dass sie dadurch zu kurz gekommen sind, voraus gesetzt, dass der Gläubiger, der seine Bezahlung im voraus empfangen hat, hinlängliche Caution wegen der Rückgabe zu bestellen im Stande ist.

Die Edictal-Citation, welche den Römern ganz unbekannt war, fordert *alle* diejenigen, welche *gegenwärtig* an dem Schuldner etwas zu fordern haben, auf, ihre Forderungen bey Strafe der Ausschliessung gerichtlich anzugeben. Der Concurs der Gläubiger erzeugt ferner bey uns eine so absolute Gemeinschaft unter den Gläubigern, dass durchaus keiner von ihnen mehr abgesondert befriedigt werden kann. Er suspendirt alle Rechtsmittel, so wohl gerichtliche als aussergerichtliche, welche eine abgesonderte Befriedigung bewirken können. Er bringt daher eine viel engere Gemeinschaft hervor, als nach dem Römischen Rechte hervor gebracht wurde. Da nämlich jeder Gläubiger, der mit seiner Forderung nicht von der Concurs-Masse ausgeschlossen seyn will, sich nothwendig beym Concurs-Richter melden muss, und, so bald er sich gemeldet hat, nicht anders als nach der in den Gesetzen bestimmten Ordnung befriedigt werden darf, und ferner Alles, was der Schuldner jetzt eigenthümlich besitzt, oder zu fordern hat, zur Concurs-Masse gehört; so folgt daraus, dass

1. ein Gläubiger, der bereits vor dem Ausbruche des Concurses in eine dem Schuldner gehörige Sache immittirt war, solche räumen und zur Concurs-Masse einliefern muss. Die bereits gezogenen Früchte werden auf seine Forderung abgerechnet. r)
2. Dass kein Gläubiger, der ein Faustpfand erhalten hat, die verpfändete Sache zuzück behalten und sich daraus abgesondert befriedigen darf. s)

r) Die heutigen Rechtslehrer sind in Hinsicht der Frage, ob das Recht der immittirten Gläubiger nach dem Eintritte des Concurses noch fortdauere, in ihren Meinungen sehr getheilt. Der Grund davon ist, weil sie den Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Concurs-Wesen nicht im Auge haben. von Cramer, *Obs. iur. univers*, T. 2, P. 1, Obs. 449, gesteht den immittirten Gläubigern, des Concurses ungeachtet, das Recht zu, in der ihnen durch die Immission erworbenen Befugniss fortzufahren, und sich nicht weiter an den Concurs zu kehren. von Trütschler, *Lehre von der Präclusion* u. s. w., §. 31, hingegen unterscheidet, ob die übrigen Gläubiger in die Fortsetzung der durch die Immission erworbenen Rechte dieses Gläubigers willigen oder nicht. Im erstern Falle gesteht er sie dem immittirten Gläubiger zu, spricht ihm jedoch allen weitern Anspruch an die Concurs-Masse ab, wenn die Sache, in die er immittirt ist, nicht zu seiner Befriedigung zureichen sollte. Im letztern Falle hingegen hält er ihn zwar für schuldig, die Sache an die Concurs-Masse abzugeben, glaubt jedoch, dass er in solchem Falle darauf bestehen könne, vor allen andern Gläubigern aus dieser Sache bezahlt zu werden.

s) Salgado de Samoza, in *Labyrintho cred. concurr.*, P. 1, C. 2, No. 1 und 2; Clapproth, *vom Concurs-Prozesse*, S. 56;

Denn in beyden eben gedachten Fällen gehören die Sachen, welche der Gläubiger in Händen hat, noch unſtreitig dem Schuldner, und machen folglich einen Theil der Concurs-Maſſe aus. Nun laſſen ſich hier nur zwey Fälle denken: entweder der Gläubiger hat ſeine Forderung beym Concurſe liquidirt oder nicht. Iſt das erſtere geſchehen, ſo iſt er unter den Concurs-Gläubigern förmlich aufgetreten, und kann ſchon deſshalb nicht mehr eine abgeſonderte Befriedigung begehren. Im letztern Falle fordert der *Curator bonorum* die Sache als ein zur Concurs-Maſſe gehöriges Stück von ihm ab, und er kann ihm nicht entgegen ſetzen, daſs er wegen ſeiner Forderung daraus befriedigt werden müſſe, indem er nach der Edictal-Citation

Ioh. Friedr. Heſſe, de creditore pignus ad maſſam concurſus ante crediti ſolutionem conferre obligato, Götting. 1769; *Thomaſius, de iure retinendi pignus in concurſu creditorum*, Lipſ. 1774; *Stepf, Syſt. Lehre vom Contradictor*, §. 88 folg.; u. a. m., verwerfen gleichfalls ganz allgemein das Retentions-Recht bey Concurſen, ſelbſt alsdann, wenn es ein qualificirtes iſt, wovon ich hier nur eigentlich rede. — Ihre Hauptgründe ſind: die durch den Concurs unter den Forderungen ſämmtlicher Gläubiger hervor gebrachte Connexität, und daſs im entgegen geſetzten Falle auch dem hypothekariſchen Gläubiger die Befugniſs zuſtehen müſſe, ſein Recht mit der hypothekariſchen Klage zu verfolgen. Allein beyde Hauptgründe ſind nicht ſtark genug, und daher iſt es gekommen, daſs von andern Rechtslehrern, welche mehr das Römiſche Schuldenverhältniſs im Auge hatten, z. B. *Gmelin, vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 27 und 28; *Dorn, de iure retentionis in concurſu creditorum*, Kilon. 1764; *Rivinus*, Probl. iuris *de iure pignoris moto concurſu*, Lipſ. 1728; *Mevius*, in *Deciſ.*, P. 2, Dec. 287, No. 3, Dec. 252 und 255, P. 5, Dec. 344, P. 7, Dec. 40 und 150, No. 4; *Stryck, ad Brunnemanni* Tr. *de conc. cred. proceſſ.*, C. 2, §. 6; *Schmidt, de iure retentionis circa pignus poſt motum concurſum in tantum ceſſante*, Ien. 1759; *Leyſer, Medit. ad Pand.*, Spec. 231, Med. 1; *Puffendorff, Obſ. i. univ.*, T. 3, Obſ. 60; *Kind, de iure retentionis in concurſu creditor.*, Lipſ. 1785; *Walch, Intr. in controv. iur. civil.*, p. 758; *de Cannegieſser, Deciſ. ſupr. tribun. Caſſel.*, T. I, Dec. 5, No. 7; u. a. m., das Gegentheil angenommen, und die Zuſtändigkeit — wenigſtens des qualificirten Retentions-Rechts beym Concurſe vertheidigt worden iſt. — Sieht man nämlich auf das Römiſche Recht, ſo erzeugt das Schuldenweſen nur eine Connexität unter den Forderungen der Gläubiger, die vermittelſt einer Klage von dem inſolventen Schuldner beygetrieben werden ſollen. Daſs nach dem Ausbruche des Concurſes der Schuldner nicht mehr bezahlen kann, rührt daher, weil er der Diſpoſition über ſein Vermögen entſetzt war. Darum machten auch die Römer zwiſchen Hypothek und Fauſtpfand hier einen weſentlichen Unterſchied. — Alſo die Edictal-Citation allein iſt es, die der Sache bey dem heutigen Concurs-Weſen eine ganz andere Richtung giebt.

verbunden war, wenn er aus der gegenwärtigen Concurs-Masse befriedigt seyn wollte, seine Forderung beym Concurse zu liquidiren. Da er nun solches nicht gethan hat, so trifft ihn die Präclusion von der Concurs-Masse, und er behält bloss das Recht, sich aus den dereinst von dem Schuldner neu zu erwerbenden Gütern seine Befriedigung zu verschaffen. Gleiche Bewandtniss hat es

3. mit dem Retentions-Rechte,[t] (so genannten einfachen Retentions-Rechte,) dessen fernere Ausübung aus eben demselben Grunde durch den Eintritt des Concurses behindert wird;[u] und endlich auch

t) Eine Ausnahme muss jedoch bey demjenigen Retentions-Rechte Statt finden, welches als ein *naturale* des Kauf-Contracts anzusehen, und dem Verkäufer an der verkauften Sache so lange zuständig ist, bis ihm das Kauf-Pretium entrichtet worden: denn in allen andern Fällen, wenn der Gläubiger das Retentions-Recht ausüben will, wird immer ein Eigenthum des Schuldners an dieser Sache voraus gesetzt, und von den übrigen Gläubigern, oder vielmehr von dem sie repräsentirenden *Curator bonorum* die Sache vermittelst des Eigenthumsrechts in Anspruch genommen; der Gläubiger vertheidigt sich aber mit der Ausflucht des Retentions-Rechts aus dem Grunde, weil er einen Anspruch an den Schuldner hat, den er durch den Besitz der Sache entweder sichern, oder sich dadurch zu seiner Befriedigung verhelfen will. Hier wird hingegen eine Sache, woran der Schuldner noch kein Eigenthumsrecht, sondern bloss ein Recht aus dem Kauf-Contracte hatte, mit der demselben zuständigen *Actio emti* von den Gläubigern in Anspruch genommen, — also mit einer Klage, deren gültige Anstellung es nothwendig mit sich bringt, dass das Kaufgeld entweder schon entrichtet ist, oder doch zugleich mit offerirt wird, widrigen Falls die ganze Klage an und für sich schon nichtig ist. — In einem solchen Verhältnisse kann, der Natur der Sache nach, die Edictal-Citation nichts abändern.

u) Es fragt sich noch: Was ist Rechtens, wenn der Schuldner jemanden, der nicht Concurs-Gläubiger ist, wegen einer Forderung an einem Dritten das Retentions-Recht verwilligt hat; z. B. er hat seine Sache für einen andern verpfändet, oder auch nur bis zur Zahlung die Retention derselben verwilligt. Das Concurs-Verhältniss kann hier gar nicht in Betrachtung kommen, und es läst sich auch nicht beweisen, dass die durch den Concurs begründeten Rechte der Gläubiger stärker sind, als die Rechte des Dritten, besonders, wenn dieser ein Pfandrecht an der Sache erhalten hat. Die Gläubiger müssen daher das Retentions-Recht des Dritten durchaus respectiren, wenn sie gleich den Verkauf der Sache darum verlangen können, weil sie auf den Ueberschuss einen unläugbaren Anspruch haben. — Anders bestimmt die Sache *Faselius, Versuch einer systemat. Darstellung des Retentions-Rechts*, §. 25 und 26.

4. Mit der Compenſation bey den Römern konnte, wie ich oben, (S. 281,) gezeigt habe, dem *Curator bonorum* die Ausflucht der Compenſation unbedingt entgegen geſetzt werden. Aber bey dem heutigen Concurs-Weſen iſt dies, aus den oben bemerkten Gründen, nicht mehr der Fall. Hat der Schuldner von jemanden etwas zu fordern, der wieder an ihn eine Gegenforderung machen kann, und wird von dem *Curator bonorum* auf die Bezahlung derſelben belangt; ſo iſt zu unterſcheiden, ob beyde Forderungen vor dem Ausbruche des Concurſes nicht nur entſtanden, ſondern auch fällig geworden waren, oder nicht. v) Im erſtern Falle findet unbedenklich die Ausflucht der Compenſation Statt: denn durch die Compenſation erlöſchen bekanntlich Forderungen *ipſo iure*, folglich klagte der *Curator bonorum* hier aus einer erloſchenen Forderung, und dem die Compenſation entgegen ſetzenden Gläubiger kann auch nicht der Vorwurf gemacht werden, daſs er ſeine Gegenforderung beym Concurſe habe liquidiren müſſen, weil er keine Gegenforderung mehr hatte. Hingegen im letztern Falle muſs der Gläubiger zur Concurs-Maſſe zahlen, und darf ſich nicht auf die Compenſation berufen: denn 1. hatte er unbezweifelt bey dem Ausbruche des Concurſes noch eine Forderung an dem Schuldner, und der Schuldner an ihm; 2. die Forderung des Schuldners gehörte zur Concurs-Maſſe, und ſeine Forderung war er nach dem Inhalte der Edictal-Citation zu liquidiren ſchuldig. Liquidirte er ſie nun nicht, ſo wurde er damit von der Concurs-Maſſe präcludirt, und darf ſie folglich auch hernach nicht *per modum exceptionis* mehr geltend machen. Man kann auch dawider nicht einwenden, daſs doch die Forderungen *ipſo iure* durch die Compenſation erloſchen wären; denn die Compenſation würde hier eine abgeſonderte Befriedigung gewähren, wenn ſich der Gläubiger mit ſeiner Gegenforderung gemeldet hätte, und wenn er ſich nicht gemeldet hat, wird ſeine Gegenforderung auf das künftig von dem Schuldner zu erwerbende Vermögen zurück geworfen. w)

v) *Io. Linde* Diſſ. *de compenſatione in concurſu creditorum*, Gieſs. 1782, §. 5; vergleiche auch *I. L. Mayohl* D. *de compenſatione in concurſu creditorum*, Roſt. et Wismariae 1751, pag. 19; und *Juſt. Henn. Böhmer* in *Conſult. et Deciſ.*, T. 2, P. 1, Reſp. 302.

w) Man kann die Sache auch noch auf folgende Art darſtellen: Der Gläubiger wird gezwungen, ſeine Forderung beym Concurſe

Ich habe unterschieden, ob die beyden Forderungen schon vor dem Ausbruche des Concurses entstanden und exigibel geworden waren. Da die Edictal-Citation bey unsern Concursen erst das eigne, den Römern un-

zu liquidiren, und so bald er geklagt hat, mag nun dies gezwungen geschehen oder nicht, ist die Ausflucht der Compensation als verloren anzusehen. Es würde widersprechend seyn, wegen einer Forderung zu klagen und, wenn man wegen einer Gegenforderung belangt wird, die geklagte Forderung zur Einrede zu gebrauchen.

Das blosse Concurs-Verhältniss und die dadurch bewirkte Connexität allein stehen also keinesweges entgegen, dass die Compensation in Ansehung der erst nach dem Ausbruche des Concurses exigibel gewordenen Forderungen nicht eintreten könnte, — sondern die durch die Edictal-Citation bewirkte Nothwendigkeit, die Forderung anzugeben, ist es allein, welche macht, dass die Compensation nicht Statt finden kann. — Man kann bey so bewandten Umständen auch dem Gläubiger nicht erlauben, unter Vorbehalt der Ausflucht der Compensation zu liquidiren, welches ganz widersprechend seyn würde.

Aber wie, wenn nun eine dieser wechselseitigen Schuldforderungen schon vor entstandenem Concurse exigibel war, die andere Schuldforderung hingegen, welche nach entstandenem Concurse erst exigibel wurde, eine bedingte Schuldforderung war, läßt sich da nicht die Zuläſſigkeit der Compensation behaupten? Lehrt doch *Gajus* in der *L.* 11, §. 1 *D. qui pot. in pign.*: *Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*, womit auch *L.* 78 *D. de V. O.* überein stimmt. Geben nicht die Rechtslehrer allgemein die Regel an: *Conditio existens retrotrahitur ad tempus initii.* Muss also nicht vermöge dieser Grundsätze in dem unterstellten Falle es so angesehen werden, als wenn die bedingte Schuldforderung, die nach entstandenem Concurse erst exigibel geworden ist, schon vor dem Eintritte des Concurses exigibel war, mithin auch schon die Compensation vor dem Concurse eingetreten sey?

Es ist hier der Ort nicht, mich auf die Regel: *Conditio existens* etc., einzulassen. Allein, wenn man sie auch in ihrer höchsten Allgemeinheit nimmt, so steht sie doch meiner obigen Behauptung nicht entgegen. Denn so bezieht sich 1. diese Regel nur bloss auf die Leistung desjenigen, was unter einer Bedingung ist versprochen oder hinterlassen worden; dass es nunmehr, da die hinzu gefügte Bedingung existent geworden ist, eben so gut und in der Masse gefordert werden kann, als wenn es pure wäre versprochen oder hinterlassen worden, kann mithin, nach ihrem wahren Sinne, gar nicht auf die Compensation gehen. Aber auch davon abgesehen, entscheiden 2. die von der Compensation redenden Gesetze deutlich dafür, dass die Compensation ohne Hinsicht auf die verschiedene Eigenschaft der Forderung erst von der Zeit an als geschehen angenommen werden soll, *ex quo ab utraque parte debetur*, (*L.* 4 *C. de compens.*) so dass also die Bedingung der Forderung hier nicht den mindesten Unterschied machen kann. Vergleiche noch *Dorn de compensat. in concursu creditorum*, Kil. 1754, §. 16.

bekannte, Verhältniss schafft, das ich so eben geschildert habe, so folgt daraus von selbst, dass man die von mir gebrauchten allgemeinen Bestimmungen: *vor* und *nach dem Ausbruche des Concurses*, auf die Edictal-Citation und das Datum derselben einschränken muss. Wer damahls, als der Richter aufforderte, noch etwas an dem Schuldner zu fordern hat, wer eine vorher eingetretene Compensation nicht beweisen kann, der ist schuldig, seine Forderung beym Concurse zu liquidiren, und wird, wenn er solches nicht thut, damit ausgeschlossen und an den künftigen Erwerb des Schuldners verwiesen. So wie die Edictal-Citation daher den folgenden Eintritt der Compensation von Anfang an behindert, so behindert die durch das Liquidiren der Forderungen hervor gebrachte Gemeinschaft unter den Gläubigern dieselbe, wenn der Gläubiger seine Forderung in Gemässheit der Edictal-Citation liquidirt hat, zu geschweigen, dass ja durch die Edictal-Citation ihrem Wesen nach alle abgesonderte Befriedigung der Gläubiger stillschweigend für unerlaubt und der Eintritt der Gemeinschaft erklärt wird. [x])

Wenn gleich auf den Fall, dass die gegenseitigen Forderungen nicht nur vor dem Ausbruche des Concurses entstanden, sondern auch fällig geworden sind, dem Concurs-Gläubiger unstreitig die Ausflucht der Compensation zusteht, so

x) Wenn vor dem Anfange des Concurses die beyden gegenseitigen Forderungen noch nicht vorhanden waren, sondern erst nachher entstanden sind, muss gleichfalls die Compensation ganz wegfallen. *Walch*, *Introd. in controv. iur. civil.*, p. 707, giebt zwar die Regel an: *In creditorum concursu locum tenet compensatio, si utrumque debitum vel ante, vel post motum concursum est contractum:* allein sie kann um so weniger befriedigen, wenn man erwägt, dass, wenn 1. die Gegenforderung aus einer Handlung des Schuldners entstanden ist, solche gar nicht in Betrachtung kommen kann, weil der Schuldner nach dem Ausbruche des Concurses nicht mehr befugt ist, sein Vermögen zum Nachtheile seiner Gläubiger zu beschweren; 2. wenn sie ohne Zuthun des Schuldners entstanden ist, der Gläubiger doch selbige beym Concurse zu liquidiren schuldig war, wo alsdann wieder die Compensation wegen der oben vorgetragenen Grundsätze wegfällt; und entstand sie 3. zu einer Zeit, zu der, nach der Lage des Concurses, das Liquidiren nicht mehr möglich ist, so gehört die ganze Gegenforderung gar nicht mehr zum Concurse, sondern muss nach Beendigung desselben gegen den Schuldner geltend gemacht werden.

giebt es doch Rechtslehrer, γ) welche davon in einigen Fällen eine Ausnahme gemacht wissen wollen.

Zu diesen Ausnahmen gehört erstens der Fall, wenn dieser Gläubiger von andern chirographarischen oder schlechten Gläubigern, welchen wenig oder gar keine Hoffnung übrig blieb, je etwas von ihrem Capitale zu erhalten, ihre Ansprüche an den Schuldner um ein geringes an sich handelt, um sich der Ausflucht der Compensation dadurch zu bemächtigen. Zweytens der, wenn die Forderung, womit der Concurs-Gläubiger dem Schuldner verhaftet ist, einem andern Gläubiger von dem Schuldner besonders verpfändet war. — Und endlich drittens der Fall, wenn der Schuldner selbst, in der Absicht, andere Gläubiger zurück zu setzen und diesen Gläubiger zu begünstigen, bewerkstelligt hat, daſs die Compensation, die sonst, nach der eigentlichen Lage der Sache, nicht als Ausflucht würde haben gebraucht werden können, jetzt vorgeschützt werden kann, oder, deutlicher zu reden, es bewirkt hat, daſs beyde wechselseitige Forderungen vor entstandenem Concurse exigibel geworden, und daher durch die Compensation *ipso iure* erloschen sind. Z. B.: Das, was der Schuldner von dem Concurs-Gläubiger zu fordern hatte, war ein *Debitum purum*, und schon vor dem Eintritte des Concurses exigibel, die Anforderung hingegen, welche der Concurs-Gläubiger an ihn machen konnte, war ein *Debitum conditionatum*. Nun erläſst der Schuldner die Bedingung, und verwandelt die bedingte Forderung in eine reine, in der Absicht, damit die Compensation vor dem Ausbruche des Concurses eintreten, und von dem Gläubiger hernach zur Ausflucht vorgeschützt werden möge, wenn derselbe von dem Gütervertreter auf die Bezahlung desjenigen, womit er ihm verhaftet ist, belangt werden sollte.

Was den ersten Fall betrifft, so möchte es zwar scheinen, als wenn dem Concurs-Gläubiger dadurch nicht die Ausflucht der Compensation entzogen werden könnte, wenn er die Forderungen anderer chirographarischen Gläubiger an sich handelt, wenn nur diese vor entstandenem Concurse exigibel gewesen sind, und die Forderungen, welche der Gütervertreter im Nahmen des Schuldners an dem Concurs-Gläubiger macht, ebenfalls vor dem Ausbruche des Concurses

γ) *Leyser, Medit. ad D.*, Spec. 174, Med. 5; *Gmelin*, in der *Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger*, §. 23.

exigibel waren, voraus gesetzt nur, daſs er nicht mehr zur Compensation bringt, als er für diese Forderungen, die er an sich handelte, gegeben hat. — Denn es ist bekannt, daſs ein Cessionarius an die Stelle des Cedenten tritt, und sich die cedirte Forderung wie seine eigne zu Nutze machen kann;[z] ja, auch solche zur Compensation zu bringen berechtigt ist.[a] Ferner ist es auch nirgends verboten, die Forderungen anderer Gläubiger, selbst auch nach entstandenem Concurse, an sich zu handeln, (wie dies die Lehre von der Succession der Gläubiger beym Concurse weitläuftiger zeigt,) indem das Concurs-Verhältniſs diesem nicht entgegen steht, und ein anderes legales Hinderniſs sich hier nicht denken läſst; allein dessen ungeachtet kann man dem Gläubiger so wenig allgemein die Befugniſs zusprechen, die erhandelten Forderungen anderer Gläubiger zur Compensation zu bringen, als man ihm solche ohne allen Unterschied, wie jene Rechtslehrer thun, abzusprechen im Stande ist. Meiner Einsicht nach muſs hier unterschieden werden, ob der Concurs-Gläubiger diese Forderungen vor entstandenem Concurse an sich gehandelt hat, oder ob solche Erhandlung erst nachher, da der Concurs bereits ausgebrochen war, geschehen ist. In dem ersten Falle kann der Concurs-Gläubiger die erhandelten Forderungen anderer Gläubiger zur Compensation bringen, und muſs mit dieser Ausflucht gehört werden, voraus gesetzt nur, daſs

1. diese zur Compensation gebrachten Forderungen vor dem Ausbruche des Concurses exigibel waren, und auch die Forderung, die der Gütervertreter im Nahmen des Schuldners an ihn macht; und
2. er nicht mehr zur Compensation vorschützte, als er für diese Forderungen gegeben hatte, [b]) es wäre denn, daſs ein solcher Fall vorhanden wäre, daſs es dem Cessionarius auch nach den Gesetzen erlaubt ist, mehr einzufordern, als er für die erhandelte und ihm abgetretene Forderung bezahlt hatte. [c])

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich von selbst, ohne daſs es eines weitläuftigen Beweises bedürfte. Denn so steht 1. dem Gläubiger nichts ent-

z) *Dan. Nettelbladt Syst. element. iurisprudent. positiv. Germanorum commun. general.*, § 434

a) *L. 18 D. de compensationib.*

b) *L. 22 C. Mandati. Bernhard Henr. Reinhold ad legem Anastasianam 22 C. Mandati*; in dessen *Opuscul. iuridic.*, pag. 279 seq.

c) *Nettelbladt a. a. O.*, §. 720.

gegen, welches ihn an der gültigen Erhandlung dieser Forderungen hindern könnte, wenn er auch gleich den Ausbruch des Concurses voraus sah, und dabey die Absicht hatte, sich dieser Forderungen zur Compensation zu bedienen, weil vielleicht seine eigne Forderung sich nicht dazu qualificirte. Er gehört zu den wachsamen Gläubigern, welche die Gesetze so deutlich begünstigen. Konnte er vor dem Concurse seine Bezahlung gültig entgegen nehmen, warum soll er denn auch nicht auf eine andere, ebenfalls gesetzlich erlaubte, Art sich zu dem Seinigen verhelfen können? — Es steht auch 2. das Concurs-Verhältniss diesem nicht entgegen, weil der Compensations-Fall vor entstandenem Concurse eintrat, indem nun sogleich, als die Forderungen erhandelt wurden, ein *Mutuum debitum* und *creditum* vorhanden waren. Auch den Gläubigern, welche die Forderungen entweder auf Ersuchen dieses Gläubigers abtraten, oder auch demselben solche selbst anboten, kann hier nichts zur Last gelegt werden, weil es ihnen nach den Gesetzen nicht verdacht wird, wenn sie sich so gut als möglich zu sichern bemüht gewesen sind.

Hingegen im zweyten Falle kann dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation nicht zugestanden werden, — nicht um deswillen, als wenn der Concurs die Erhandlung der Forderungen anderer Gläubiger nicht mehr zuliesse, — nein, sondern darum, weil hier der Compensations-Fall erst nach entstandenem Concurse eintritt. Denn tritt gleich ein solcher Concurs-Gläubiger an die Stelle derjenigen Gläubiger, von welchen er die Forderungen erhandelte, und bedient sich aller der Rechte, welche denselben in Rücksicht auf die abgetretenen Forderungen zustanden; so kann doch dieses nicht bewirken, dass der Compensations-Fall als vor eingetretenem Concurse geschehen angenommen werden muss, indem das *Mutuum debitum* und *creditum* hier nicht eher als vorhanden angesehen werden können, als bis der Gläubiger diese Forderungen von andern Gläubigern wirklich abgetreten erhalten hat, dies aber erst nach entstandenem Concurse geschah, mithin auch die Compensation erst nach entstandenem Concurse eintreten konnte, und der Concurs den Eintritt der Compensation, wie ich oben bewiesen habe, schlechterdings hemmt.

Anlangend den zweyten Fall, wenn die Forderung, welche der Güterverteter von dem Concurs-Gläubiger beytreibt, von dem Schuldner einem Dritten

beſonders verpfändet war, ſo glaube ich, daſs dieſes dem Concurs-Gläubiger nicht entgegen ſtehen kann, um ſich auf die vorgegangene Compenſation mit Nachdruck berufen zu können. Ich bin überzeugt, jeder wird mir den Beweis dieſes Satzes erlaſſen, wenn ich den Gütervertreter bloſs als einen ſolchen betrachte, der im Nahmen des Schuldners deſſen ausſtehende Capitalien beytreibt, indem derſelbe, als in der Perſon des Schuldners handelnd, dieſelben Ausflüchte gegen ſich gelten laſſen muſs, die dem Schuldner entgegen geſetzt werden können, dieſem die Ausflucht der Compenſation unſtreitig entgegen ſtehen würde, wenn er ſelbſt die Schuld einklagte, — auch hier kein Concurs-Verhältniſs entgegen ſteht, indem ich immer eine wechſelſeitige, vor dem Concurſe ſchon vorhandene und auch exigible Forderung voraus ſetze. Allein da der Gütervertreter auch zugleich im Nahmen ſo wohl der ganzen Gläubigerſchaft, als eines einzelnen Gläubigers handelt, mithin auch das einem Gläubiger zugeſtandene Pfandrecht verfolgen, und auf die Einlieferung des Pfandſtücks zur Concurs-Maſſe dringen kann, ſo muſs ich noch beweiſen, daſs die Ausflucht der Compenſation auch in dieſer Eigenſchaft dem Gütervertreter entgegen ſteht. — Und dieſen Beweis führe ich nun folgender Geſtalt:

Begünſtigen gleich die Geſetze einen ſolchen Gläubiger, welchem der Schuldner eine Activ-Poſt verpfändet hat, ungemein, und geſtehen ihm ſogar auf den Fall, wenn der Schuldner nicht zahlt, eine *Actionem utilem* gegen den Schuldner des Schuldners zu, um denſelben zu belangen, daſs er das verpfändete *Nomen* an ihn in ſo weit entrichten ſoll, als ſeine Anforderung dadurch getilgt wird; [d]) ſo verſteht ſich doch alles dieſes nur unter der nothwendigen Vorausſetzung, wenn die Forderung noch wirklich vorhanden war. Zahlt alſo dieſer Schuldner ſeinem Gläubiger, ſo kann, nach der deutlichen Entſcheidung Kaiſers *Alexander* in der *L. 4 C. quae res pignori obligari poſſunt*, der hypothekariſche Gläubiger, dem die Forderung verpfändet worden war, ihn nicht mehr belangen, weil der Gegenſtand ſeines Pfandrechts bereits erloſchen war. *Nomen quoque*, heiſst es daſelbſt, *debitoris pignorari et generaliter et ſpecialiter poſſe, iam pridem placuit. Quare ſi debitor is ſatis non fecerit, cui tu credi-*

d) *L. 4 C. quae res pignori obligari poſſunt.* Vergleiche auch *Ernſt Chriſtian Weſtphal Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung ſämmtlicher Römiſchen Geſetze vom Pfandrechte*, §. 141.

disti: ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, quatenus ipse debet. Soll nach diesem Gesetze durch die Zahlung das bestellte Pfandrecht erlöschen, so sehe ich doch wahrlich keinen Grund ein, warum es nicht eben so gut durch den Eintritt der Compensation aufhören sollte; und wenn wegen des auf der Activ - Post haftenden Pfandrechts die geleistete Zahlung nicht als nichtig angefochten werden kann, so kann gewiss eben so wenig die Compensation dadurch behindert und abgehalten werden. Der Gütervertreter, welcher gegen den Gläubiger klagt, verfolgt also ein Pfandrecht, welches schon erloschen war, weil der Gegenstand desselben, die Schuldforderung, vermittelst der Compensation aufgehört hatte, und muss daher von demselben auf allen Fall durch Vorschützung der Ausflucht der Compensation abgewiesen werden können. [e])

Allein, wenn nun der Gläubiger, dem der Schuldner die Activ - Post verpfändet hatte, dem Schuldner seines Schuldners und dem gegenwärtig compensiren wollenden Concurs - Gläubiger von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben, oder auch der gegenwärtig von dem Gütervertreter belangte Concurs - Gläubiger sich ausdrücklich verbunden hätte, diese Forderung, welche der Schuldner einem andern Gläubiger verpfändet hatte, an denselben zu entrichten, muss hier nicht die sonst eingetretene Compensation wegfallen, oder wenigstens doch die Ausflucht der Compensation auf Seiten dieses Concurs - Gläubigers als unzulässig verworfen werden? Steht nicht im erstern Falle die *L. 4 C. quae res pignori obligari poss.* und die daselbst befindlichen Worte: *nondum certior a te de obligatione tua factus,* entgegen? und ist es im letztern Falle nicht so anzusehen, als wenn der Gläubiger stillschweigend auf den Gebrauch der Ausflucht der Compensation in so fern, als die Schuld von dem Pfandgläubiger gefordert wird, Verzicht geleistet hätte?

Ich glaube, auch hier kann dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation nicht streitig gemacht werden. Denn scheint es gleich im ersten Falle,

e) *Dorn a. a. O.*, §. 51.

nach *L. 4 C. quae res pignori obligari poss.*, als wenn der Pfandgläubiger, dem eine Activ-Post verpfändet worden ist, auch dann noch auf die Zahlung derselben dringen könne, wenn gleich der Schuldner solche an seinen Gläubiger entrichtet hatte, so bald er ihm nur von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben hat; so versteht sich doch dieses, nach einer richtigen Gesetzerklärung, nur bloss von dem Falle, wenn der Schuldner, dieser Anzeige ungeachtet, wirklich mit Geld oder etwas anderm Zahlung geleistet hatte, — nicht aber, wenn durch die Compensation diese Forderung erloschen ist. So paradox auch diese Behauptung beym ersten Anblicke scheint, so wenig ist sie es doch, wenn man auf den wahren Grund jener gesetzlichen Verordnung Rücksicht nimmt. Der Grund nämlich, warum das Gesetz einen solchen Schuldner dem Pfandgläubiger noch verhaftet wissen will, ist kein anderer als dieser, weil er die Zahlung eben so gut an den Pfandgläubiger hätte leisten können, auch um so mehr dazu verpflichtet war, als sein Creditor durch die Verpfändung gleichsam darein gewilligt hatte; oder doch wenigstens dem Pfandgläubiger davon, dass er seinem Creditor zahlen wollte, hätte Nachricht geben müssen, weil ihm der Pfandgläubiger sein Recht auf diese Schuldforderung bekannt gemacht hatte. Dieser Grund des Gesetzes aber fällt offenbar hier weg, wo diese Forderung durch die Compensation *ipso iure* aufgehoben wurde, mithin muss auch die Verordnung des Gesetzes selbst, die auf einen so speciellen Grund gebauet ist, unanwendbar werden. — Und aus der geschehenen Verpfändung allein lässt sich nicht behaupten, dass die Compensation behindert und das Pfandrecht erhalten werden müsste, man wollte denn den ungereimten Satz vertheidigen, dass Gläubiger und Schuldner durch Verpfändung der Activ-Post den Zustand des Schuldners zu verschlimmern befugt gewesen wären.

Eben so wenig kann im zweyten Falle dies der Ausflucht der Compensation entgegen stehen, wenn sich der Concurs-Gläubiger vielleicht ausdrücklich verbindlich gemacht hatte, das verpfändete Nomen an den Pfandgläubiger zu bezahlen; denn so wie jedes Versprechen der Intention des Versprechenden gemäss zu erklären ist, so ist dies auch hier der Fall. Von dem Concurs-Gläubiger wurde der Fall der wirklichen Zahlungsleistung gedacht, — gewiss nicht der Compensations-Fall; man kann mithin nicht annehmen, dass von ihm auch darauf Verzicht geleistet worden ist. Es konnte ihm gleichgültig seyn, ob er an den Pfand-

gläubiger seines Gläubigers, oder an seinen Gläubiger selbst zahlte, nicht aber, ob er wirklich Zahlung leistete, oder ob er sich davon durch Vorschützung der Ausflucht der Compensation befreyete. f) Ein anderes würde jedoch alsdann anzunehmen seyn, wenn dieser Concurs-Gläubiger den Pfandgläubiger etwa selbst zur Anleihe zu bestimmen gesucht, und ihm zu desto mehrerer Sicherheit das verpfändete Nomen ganz gewiss zu entrichten versprochen hätte, oder auch wohl gar mit der Verpfändung zugleich eine Art von Cession verbunden gewesen ist. g) Denn im erstern Falle würde, nach allen vernünftigen Grundsätzen, eine Verzichtsleistung auf die Compensation angenommen werden müssen, und im letztern Falle kann nach der Natur der Sache keine Compensation Statt haben, weil die bisherige Verbindung zwischen dem Gläubiger und Schuldner aufhörte und ein neuer Gläubiger substituirt wurde, — also kein *Mutuum debitum* und *creditum* mehr vorhanden war.

Was endlich den dritten Fall betrifft, wenn nämlich durch die betrügerische Handlung des Schuldners der Compensations-Fall ist hervor gebracht worden, so pflichte ich hier denjenigen Rechtslehrern bey, welche wegen der betrügerischen Absicht des Schuldners die Ausflucht der Compensation nicht zulässig finden wollen. Indess muss hier, wo die Compensation schon vor entstandenem Concurse *ipso iure* eingetreten ist, die Handlung des Schuldners, vermittelst deren er die Compensation hervor brachte, von den Gläubigern, welche dadurch sind lädirt worden, mit der Paulianischen Klage angefochten und umgestossen werden.

Nach den hier vorgetragenen Grundsätzen ist der Compensations-Punct bey Concursen überhaupt und ohne Rücksicht auf eine besondere

f) Das Gegentheil behauptet *Dorn*, *a. a. O.*, aus dem unrichtigen Grunde, weil er den respective Schuldner und Concurs-Gläubiger hier als einen solchen betrachtet, der aus der Verbindung mit dem vorigen Gläubiger und jetzigen Schuldner heraus getreten ist, und an dem Pfandgläubiger einen neuen Creditor bekommen hat.

g) Erhält gleich, wie *Westphal*, *a. a. O.*, erinnert, der Pfandgläubiger an der ihm verpfändeten Activ-Post ungefähr eben die Rechte, die ihm bey der Cession zustehen würden, so läst sich doch nicht behaupten, dass in der Verpfändung selbst eine wahre Cession enthalten sey, sondern es bleibt immer noch das vorige Verhältniss zwischen dem Gläubiger und Schuldner. Man kann daher die Cession nur alsdann annehmen, wenn sie wirklich mit dem Pfandgeschäfte ausdrücklich verbunden war.

Gattung der wechselseitigen Forderungen zu beurtheilen. [h]) Insbesondere muss auch darnach die so streitige Frage: ob ein Pachter bey entstandenem Concurse über des Verpachters Vermögen das rückständige Pachtgeld mit den von dem Pachter geleisteten Vorstandsgeldern zu compensiren befugt sey, entschieden werden. Freyherr von Hoym [i]) glaubt, dass, wenn der Pachter des Schuldners die Pachtgelder noch nicht bezahlt hat, er sich wegen der geleisteten Vorstandsgelder immer an die rückständigen Pachtgelder halten und, so weit solche zureichen, compensiren könne. Dagegen unterscheidet von Winkler, [k]) ob der Pacht-Contract bereits zu Ende gegangen, und das Pachtstück völlig von dem Pachter, und so abgeliefert worden ist, dass derselbe an der Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten nichts hat ermangeln lassen, oder ob solches nicht der Fall war. Im erstern Falle läst er die Ausflucht der Compensation zu, und erlaubt demselben, mit den rückständigen Pachtgeldern den dem Cridarius geleisteten Vorstand zu compensiren; im letztern Falle hingegen, sagt er, müsse die Ausflucht der Compensation, wenn sie der Pachter dem Gütervertreter, welcher die Pachtgelder beytreibt, entgegen setzt, gänzlich verworfen werden. [l])

Nach den vorgetragenen Lehrsätzen würde unterschieden werden müssen, ob der Pacht-Contract vor entstandenem Concurse bereits zu Ende gegangen

h) Was nach besondern Landes- und Stadtgesetzen in Ansehung des Compensations-Puncts bey Concursen Rechtens ist, darüber ist Theodor Hasche in der Dissertation *de legibus in favorem commercii latis, praesertim in concursu creditorum*, Götting. 1792, §. 17, nachzulesen. Ich kann bey dieser Gelegenheit den Wunsch nicht bergen, dass jemand doch eine Sammlung der besondern Landesgesetze in Deutschland, welche das Concurs-Wesen betreffen, auszugsweise veranstalten möge. Den Nutzen, welchen eine solche Arbeit bringen würde, darf ich wohl nicht erst mit viel Worten schildern. Die Abhandlung, welche ich so eben allegirt habe, enthält eine Abweichung der vorzüglichsten Landes- und Stadtgesetze, welche das Concurs-Wesen betreffen, ist aber im Ganzen doch äusserst dürftig. Indess verdient auch hier schon ein geringer Versuch alles Lob.

i) In dem *Versuche über die Classification der Vorstandsgelder bey entstehendem Concurse des Verpachters*, Rostock und Leipzig 1781, §. 8.

k) In Tract. *de iure compensationis in concursu creditorum*, Lipsiae 1786, p. 9.

l) In der von Winklerschen Abhandlung befindet sich auch ein Auszug von einem Responsum der Leipziger Juristen-Facultät, worin diese Grundsätze angenommen worden sind.

ist, und die Ablieferung des Pachtstücks so erfolgt war, dass nun der geleistete Vorstand zurück gefordert werden konnte, oder nicht, sondern sich dieses erst nachher, als der Concurs schon ausgebrochen war, zugetragen hat. Im ersten Falle würde allerdings der Pachter die rückständigen Pachtgelder mit den geleisteten Vorstandsgeldern compensiren können; im letztern Falle aber nicht. Die Gründe sind eben dieselben, welche oben von der Compensation beym Concurse überhaupt angegeben worden sind: denn im erstern Falle würden das *Mutuum debitum* und *creditum* schon vor dem Ausbruche des Concurses, im letztern Falle aber erst nachher, da der Concurs bereits seinen Anfang genommen hatte, entstanden seyn, mithin würde auch nur im erstern, nicht aber im letztern Falle die Compensation eintreten können.

Aber lassen sich im vorliegenden Falle wohl überhaupt der Eintritt der Compensation und die Befugniss des Pachters, zu compensiren, denken? Ich muss frey gestehen, dass ich daran sehr zweifle. Ein Vorstand bey Pacht-Contracten wird überhaupt zu dem Ende geleistet, um den Verpachter wegen der aus dem Pacht-Contracte entspringenden Verbindlichkeiten des Pachters, — wenigstens einiger Massen, — zu sichern. So lange also der Pachter nicht alle Obliegenheiten des Pacht-Contracts erfüllt hat, hat er kein Recht, die geleisteten Vorstandsgelder zurück zu fordern, indem er ja dem Verpachter das Recht gestattet hat, sich daran zu halten und sich davon am Ende, so gut er kann, zu befriedigen, mithin auf die Zurückforderung so lange Verzicht geleistet hat, als er noch die Erfüllung irgend einer aus dem Pacht-Contracte entspringenden Verbindlichkeit schuldig war. — Was ist aber davon die Folge? Keine andere als diese, dass die Vorstandsgelder, so lange als er die rückständigen Pachtgelder noch nicht entrichtet hatte, nicht exigibel waren, und, da also kein *Mutuum debitum* und *creditum* vorhanden ist, auch gar kein Eintritt der Compensation gedacht werden kann. Der Pachter würde also eine noch nicht exigible Forderung zur Compensation bringen, wenn man ihm die Ausflucht der Compensation gestatten wollte, wenn er vom Gütervertreter auf die Bezahlung der Pachtgelder belangt wird, und dies ist nach den Gesetzen durchaus nicht erlaubt. Da also von der Erfüllung aller aus dem Pacht-Contracte entspringenden Obliegenheiten erst das Recht des Pachters, die geleisteten Vorstandsgelder zurück zu fordern, abhängt, so muss der Pachter beym Con-

curſe ſeines Verpachters auf allen Fall die rückſtändigen Pachtgelder zur Concurs-Maſſe heimzahlen, und wegen des geleiſteten Vorſtandes ſich in den Concurs einlaſſen und claſſificiren laſſen; es wäre denn, daſs er ſich, nach Bezahlung der Pachtgelder, aus einem andern Grunde auf eine vorgegangene Compenſation berufen, und dadurch wegen ſeiner Vorſtandsgelder die Gefahren des Concurſes von ſich ablehnen könnte, [m]) oder auch die Vorſtandsgelder bloſs zu dem Ende wären geleiſtet worden, um den Verpachter wegen der Deterioration des Pachtſtücks ſicher zu ſtellen, welches aber im Zweifel nicht vermuthet werden kann, weil ſich der Vorſtand eigentlich auf alle aus dem Pacht-Contracte entſpringende Verbindlichkeiten des Pachters erſtreckt, mithin eine Reſtriction immer erſt bewieſen werden muſs.

Wenn ſich beym Concurſe der Fall ereignet, daſs dem Gütervertreter von dem belangten Concurs-Gläubiger die Ausflucht der Compenſation entgegen geſetzt und für zuläſſig befunden wird, ſo erſtreckt ſich ſolche, nach der Natur der Compenſation überhaupt, nicht nur auf den Hauptſtamm der wechſelſeitigen Schuldforderungen, ſondern auch auf die Zinſen, welche zu der Zeit, da auf beyden Seiten die Forderungen zur Richtigkeit gekommen ſind, verfallen waren, in ſo fern ſolche nur überhaupt, nach den Grundſätzen von der Zinsleiſtung, als zahlbar angenommen werden können. Denn Zinſen ſind ein Zubehör des Capitals, mithin muſs das, was in Anſehung des Capitals gilt, auch in Hinſicht auf die Zinſen gelten. Dieſer Satz leidet auch dann keine Abänderung, wenn gleich nach particulären Rechten die Zinſen beym Concurſe mit dem Hauptſtamme nicht gleiche Vorzüge genieſsen, ſondern bey der Claſſification den Forderungen aller, ſogar der chirographariſchen Gläubiger, nachgeſetzt werden. [n]) Der Grund iſt ganz natürlich. Der Concurs-Gläubiger iſt hier als ein ſolcher zu betrachten, der auſser dem Concurſe ſeine Befriedigung erhalten hat, in ſo

m) Dahin würde gehören, wenn der Pachter noch vor dem Eintritte des Concurſes alle Obliegenheiten des Pacht-Contracts erfüllt hätte, und nun dem Verpachter etwas aus einem andern Grunde ſchuldig geworden wäre, welches ebenfalls vor entſtandenem Concurſe exigibel geworden iſt. Hier würde er wegen der geleiſteten Vorſtandsgelder, wenn der Gütervertreter das, womit er dem Schuldner verhaftet iſt, von ihm beytreiben will, ſich auf die Compenſation berufen können.

n) *Gmelin vom materiellen Concurſe der Gläubiger*, §. 34.

fern die Compenſation zureicht. Es kann alſo das nicht auf ihn angewendet werden, was in dem Concurs-Verhältniſſe ſelbſt nur von ihm gelten würde.

Ehe ich zu fernern Unterſuchungen in der Lehre vom Compenſations-Rechte beym Concurſe der Gläubiger fortſchreite, wird es nicht undienlich ſeyn, noch einige Bemerkungen über das Verhältniſs eines Concurs-Gläubigers zum Concurſe, nach vorgeſchützter Ausflucht der Compenſation, hinzu zu fügen. Wenn ein Concurs-Gläubiger ſich der Ausflucht der Compenſation mit Nachdruck bedient hat, ſo laſſen ſich hier drey Fälle denken: nämlich 1. der Fall, wenn durch die Compenſation die Anforderung, welche der Gläubiger an den Schuldner macht, nebſt den davon fälligen Zinſen gänzlich aufgehoben wird. Hier tritt nun der Concurs-Gläubiger ganz aus dem Concurs-Verhältniſſe heraus, indem jetzt ſein Anſpruch an den Schuldner aufgehoben iſt, es wäre denn, daſs er mehrere Anforderungen an den Schuldner zu machen hätte. 2. Läſst ſich auch der Fall denken, wenn die Compenſation nur einen Theil der Forderung dieſes Gläubigers aufhebt. In dieſem Falle bleibt er wegen des Reſtes des Hauptſtammes und wegen der von der Forderung fälligen Zinſen noch immer ein Concurs Gläubiger, und muſs die Pflichten der Concurs-Gläubiger mit beobachten, wenn er deſshalb befriedigt werden will. Endlich iſt auch noch der Fall denkbar, wenn die Compenſation zwar die Hauptforderung des Gläubigers gänzlich aufhebt, die Zinſen hingegen dadurch nicht abſorbirt werden. Hier kann ein ſolcher Gläubiger noch immerhin die Zinſen beym Concurſe liquidiren, und ſteht ihm nicht entgegen, daſs die Zinſen in gewiſſen Fällen, wenn das Capital abgetragen iſt, nicht vermittelſt einer beſondern Klage gefordert werden können, o) indem dieſes immer den Fall voraus ſetzt, daſs ein Gläubiger von ſeinem Schuldner die wirkliche Zahlung des ſchuldigen Capitals angenommen hat, ohne daſs dabey etwas von den fälligen Zinſen gedacht worden iſt.

Sehr häufig trifft es ſich beym Concurſe, daſs ein Gläubiger, welcher ſich gegen den Gütervertreter der Ausflucht der Compenſation bedient, mehrere Forderungen, auch von verſchiedener Beſchaffenheit, an den Schuldner macht. Hier

o) Arg. *L.* 49, §. 1 *D. de act. emti venditi.* *Quiſtorps Beyträge zur Erläuterung verſchiedener, mehrentheils unentſchiedener, Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit*, No. LVIII. *Tiemann an et quatenus uſurae ſorte ſoluta adhuc peti queant*, Halae 1790.

entsteht nun die Frage, welcher Posten durch die Compensation für getilgt angenommen werden müsse. Den übrigen Concurs-Gläubigern liegt sehr daran, dass diejenige Forderung des compensiren wollenden Gläubigers als getilgt angenommen werde, die einen Vorzug vor den andern Forderungen, die er ebenfalls noch an den Schuldner macht, hat, und welche in einer der vorzüglichsten Classen bey der Location der Gläubiger ihren Platz angewiesen erhält; dem compensirenden Gläubiger hingegen ist es vorzüglich darum zu thun, dass ein bevorzügter Posten stehen bleibe und ein nachstehender durch die Compensation aufgehoben werde. Die hier aufgeworfene Frage kann nur alsdann entstehen, wenn alle verschiedene Ansprüche, oder doch mehrere derselben, die der Concurs-Gläubiger an den Schuldner macht, vor entstandenem Concurse exigibel waren; denn war nur Eine derselben exigibel, so muss natürlicher Weise der Concurs-Gläubiger diese substituiren, weil er sonst, nach den oben gelehrten Grundsätzen, gar nicht zur Compensation zugelassen wird.

Die vorgelegte Frage ist meiner Meinung nach dahin zu entscheiden, dass dem compensirenden Gläubiger hier völlig die Wahl überlassen werden muss, welche von den mehrern Forderungen, die er an den Schuldner macht, er dem Gütervertreter zur Compensation entgegen setzen will. Das durch den Concurs hervor gebrachte Verhältniss steht ihm hier im mindesten nicht entgegen, indem ja die andern Concurs-Gläubiger die Compensation nicht würden hindern können, wenn der Concurs-Gläubiger auch nur einen einzigen noch so wenig bevorzügten Anspruch an den Schuldner zur Compensation vorschützen wollte, und nur die Erfordernisse, die beym Concurse zur Compensation nöthig sind, vorhanden waren; und einen andern Grund giebt es nicht, vermöge dessen man ihm die Compensations-Befugniss auch nur einiger Massen streitig machen könnte. Hat also ein solcher Gläubiger mehrere Ansprüche an den Schuldner, die zur Compensation vorgeschützt werden können, so muss es einzig und allein seinem Belieben überlassen bleiben, welchen Posten er heraus nehmen, der Forderung, die der Gütervertreter an ihn macht, substituiren, und sich so von der wirklichen Zahlungsleistung befreyen will. So wie er sich hierüber, wenn ihn der Gütervertreter belangt, erklärt, so muss der Posten, welchen er substituirt, durch die Compensation als aufgehoben angesehen werden; jedoch darf er nunmehr

nicht wieder variiren und, wenn er sich versehen hätte, einen andern Posten substituiren wollen, weil er sein eignes Factum nicht impugniren darf.

Ich verbinde hiermit noch die Untersuchung einer andern ebenfalls hierher gehörigen Frage, die von nicht geringerer Wichtigkeit als die vorher gehende ist: Wie, wenn ein Gläubiger, welcher dem Schuldner ebenfalls mit etwas verhaftet ist, mehrere Posten beym Concurse liquidirt, und nun demselben von dem Contradictor die Ausflucht der Compensation entgegen gesetzt wird, weil der Anspruch, den der Schuldner an ihn zu machen berechtigt ist, entweder eine oder mehrere dieser Forderungen aufhebt: kann da dieser Concurs-Gläubiger bestimmen, welche seiner liquidirten Forderungen durch die Compensation aufgehoben seyn solle, oder steht diese Bestimmung dem Schuldner oder wohl gar der Gläubigerschaft zu? *Gmelin* p) behauptet, dass in diesem Falle der Concurs-Gläubiger die Wahl habe, gegen welche seiner Forderungen er die Ausflucht der Compensation gelten lassen wolle, und zu seinem Vortheile verlangen könne, dass nicht das vorzügliche, sondern das schlechtere Capital zum Gegenstande der Compensation genommen werden solle. Ich will zuvörderst die Gründe dieses verdienstvollen Rechtsgelehrten mit seinen eignen Worten hersetzen, und hernach meine Meinung über die Sache hinzu fügen.

p) In der *Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger*, §. 35. Nach der Ueberschrift dieses §. scheint es, als wenn *Gmelin* den Fall unterstellt, wenn ein vom Gütervertreter belangter Concurs-Gläubiger, der mehrere Forderungen an den Schuldner macht, sich der Ausflucht der Compensation bedient; allein die Entscheidungsgründe, deren sich dieser berühmte Rechtsgelehrte bedient, zeigen es offenbar, dass er sich den Fall dabey gedacht hat, welchen ich im Texte angenommen habe, weil sie sonst ganz unpassend seyn würden. Er sieht nämlich den Schuldner als Zahlung Leistenden an, und dies würde nicht der Fall seyn, wenn der Gläubiger sich der Ausflucht der Compensation bedient, weil alsdann dieser, indem er dem Gütervertreter das substituirt, womit ihm der Schuldner verhaftet ist, als der Zahlende angesehen werden muss. Ich erinnere dies um desswillen, damit mir nicht vorgeworfen werden möge, ich habe diesen Rechtslehrer missverstanden, so wie man manchen Philosophen in unsern Tagen vorwirft, *Kant* missverstanden zu haben; denn nach der Sache selbst, und nicht nach der Ueberschrift muss man doch wohl urtheilen? Auch die Endesworte des Paragraphen ergeben dies hinlänglich.

Die Gründe, worauf ſich *Gmelin* beruſt, ſind folgende: „Wäre dem „Schuldner“, ſagt er, „nicht durch den Concurs die Dispoſition über ſein Ver„mögen entzogen, ſo würde er das Recht haben, zu beſtimmen, wel„che von den mehrern Schulden, womit er ſeinem Gläubiger „verhaftet iſt, durch die Compenſation ausgelöſcht ſeyn ſollte, „ſo wie er unter mehrern Schuldpoſten, nach ſeinem Belieben, „einen heimzahlen kann. Da er nun aber niemanden mehr gültige „Bezahlung zu leiſten vermag, ſo fällt nun auch die Wahl weg, die er in ei„ner andern Lage unter verſchiedenen Schulden eines Gläubigers, in Rückſicht „auf die Compenſation, hätte treffen können. Dem Schuldner, der, um ſeine „ſämmtlichen Gläubiger zu befriedigen, nun von allen Mitteln entblöſst iſt, muſs „es in dieſen Umſtänden gleichgültig ſeyn, welches Capital zur Compenſation „gezogen wird. Von ſeiner Seite fällt alſo in ſo weit hier das Intereſſe, und „mit dem Abgange deſſelben auch die Befugniſs, den zu compenſirenden Schuld„poſten anzuzeigen, gänzlich weg. Wollte man annehmen, daſs die übri„gen Gläubiger hier an die Stelle des Schuldners treten, und dieſes ihm ſonſt „zuſtändige Recht ausüben müſsten, ſo würde die Gleichheit, die unter den „Gläubigern durch die Immiſſion“, (den Concurs,) „gewirkt iſt, aufgehoben wer„den, indem man nun den übrigen Concurs-Gläubigern auf die Forderung des„jenigen Gläubigers, dem die Compenſation entgegen geſetzt worden, mehrere „Rechte einräumen würde, als er ſelbſt hätte.“ Da alſo weder der Schuldner noch die übrigen Concurs-Gläubiger das Recht haben könnten, zu beſtimmen, auf welche Forderung der zur Compenſation gebrachte Anſpruch abgerechnet werden ſolle, ſo müſste, ſchlieſst *Gmelin*, dieſe Beſtimmung dem Concurs-Gläubiger ſelbſt überlaſſen bleiben.

Ich muſs geſtehen, die Entſcheidung der vorliegenden Frage hat ihre ſehr groſsen Schwierigkeiten, und man entſcheide, wie man will, ſo läſst ſich eine Menge Gründe für und dawider anführen. Kurz würde man freylich aus der Sache kommen, wenn man dem Richter die Beſtimmung überlieſse: allein mit dieſer Entſcheidung iſt bey dem denkenden Rechtsgelehrten nicht alles abgemacht; es wäre denn, daſs dargethan werden könnte, es kann hier nichts anderes als die richterliche Entſcheidung den Ausſchlag geben.

Meines Erachtens kann in dem vorliegenden Falle ſo wenig der Schuldner, als die übrige Gläubigerſchaft, als endlich der Concurs - Gläubiger, welchem die Ausflucht der Compenſation von dem Contradictor entgegen geſetzt wird, beſtimmen, auf welche Forderung der zur Compenſation vorgeſchützte Anſpruch des Schuldners an den Concurs - Gläubiger, der mehrere Poſten liquidirt, abgerechnet werden ſoll, ſondern der Richter muſs hier durch eine Entſcheidung den Ausſchlag geben, wenn keine gütliche Vereinbarung möglich iſt. Ich glaube mit dem Beweiſe dieſes Satzes bald fertig werden zu können.

Der Schuldner erſtens, welcher, nach der eigentlichen Lage der Sache und nach den Grundſätzen von Zahlungsleiſtungen, ſonſt beſtimmen müſste, auf welche Forderung des Gläubigers er den zur Compenſation vorgeſchützten Anſpruch an denſelben abgerechnet haben will, kann dieſe Befugniſs um deſswillen nicht mehr ausüben, weil er dabey, als einer ganz willkührlichen Handlung, den Gläubigern gefährlich werden kann; indem es ja ihm völlig frey ſtehen würde, zu beſtimmen, ob die zur Compenſation gebrachte Forderung auf eine ſchlechtere oder mehr bevorzügte Forderung des Concurs - Gläubigers abgerechnet werden ſoll, weil er dieſes Recht bey der wirklichen Zahlungsleiſtung hat, und ihm daher auch ſolches bey der Compenſation, als einer Gattung der Zahlungsleiſtung, gelaſſen werden muſs. Im erſtern Falle würde der Concurs - Gläubiger, dem die Ausflucht der Compenſation entgegen geſetzt wird, und im letztern Falle die übrige Gläubigerſchaft dadurch verletzt werden. Der Gläubigerſchaft, zweytens, kann dieſe ſonſtige Befugniſs des Schuldners um deſswillen nicht zugeſprochen werden, weil hier die Gerechtſamen eines Gläubigers mit in Colliſion gerathen, man alſo im entgegen geſetzten Falle der übrigen Gläubigerſchaft auf die Forderungen dieſes Gläubigers ein Recht beylegen würde. Zudem gehört ja dieſer Gläubiger mit zum ganzen Corpus der Gläubigerſchaft, und würde daher an dem Beſtimmungsrechte Theil nehmen müſſen. So bewandten Sachen nach aber würde nichts entſcheidendes feſt geſetzt werden können; denn die Mehrheit der Stimmen kann hier nichts entſcheiden, weil der Fall eintritt, daſs von den Rechten eines Einzelnen die Rede iſt. — Der Concurs Gläubiger endlich, drittens, welchem bey der Liquidation der mehrern Poſten die Einrede der Compenſation entgegen geſetzt wird, kann, wie *Gmelin* glaubt, ſchlechterdings nicht beſtimmen, auf welche ſeiner Forderungen der zur Compenſation

vorgeschützte Anspruch des Schuldners an ihn abgerechnet werden soll: denn eines Theils würde dieses der Analogie der Gesetze geradezu entgegen seyn, indem nach den Gesetzen dem zahlenden Schuldner nur bloss zu seinem Vortheile das Bestimmungsrecht zugelassen wird, auf welchen Posten er gezahlt haben will; andern Theils würde man, jener verkehrten Ordnung der Dinge zu geschweigen, dem Concurs-Gläubiger hier eine Befugniss einräumen, die den übrigen Gläubigern äusserst nachtheilig werden könnte und gewiss werden würde, man wollte denn annehmen, dass er mehr für diese als für sich selbst sorgen werde.

Man möchte entgegen setzen, die ganze Frage gebe sich ja von selbst, so bald nur der Contradictor dem liquidirenden Gläubiger die Ausflucht der Compensation gegen eine bestimmte Forderung, und nicht im Allgemeinen entgegen setzt. *Stepf* q) unterstellt diesen Satz nicht nur als ausgemacht, sondern giebt dem Contradictor noch dazu die Cautel an die Hand, die Einrede der Compensation ja auf die vorzüglichste Forderung dieses Gläubigers zu richten. — Allein dies kann der Contradictor nicht, wenn man alles gehörig erwägt. Denn 1. bringt ja der Concurs-Gläubiger bey der Anzeige und Liquidation seiner Forderungen an den Schuldner solche dergestalt an, dass er wegen derselben insgesammt befriedigt seyn will. Er macht also mehrere Forderungen zugleich beym Concurse klagbar, und daher kann hier auch nur die Einrede der Compensation im Allgemeinen entgegen gesetzt werden. — Und zugegeben auch, dass dieser Grund richtig sey, so kann doch 2. der Contradictor wegen seiner Eigenschaft, worin er handelt, die Einrede der Compensation durchaus nicht einer gewissen von dem Concurs-Gläubiger liquidirten Forderung entgegen setzen. Er ist dazu bestellt, dass er den Schuldner gegen Ansprüche, welche an ihn gemacht werden, vertheidigen und der demselben zuständigen Ausflüchte sich bedienen soll, — wesshalb er auch hier dem Gläubiger die Ausflucht der Compensation entgegen setzt. Die Absicht dabey ist hauptsächlich der Vortheil der Gläubiger, damit niemand mit ungerechten Forderungen durchkommen möge, — nebenher auch der des Schuldners. Kann er sich nun gleich in dieser Lage der Rechte des Schuldners bedienen, so kann er doch nicht von solchen Rechten desselben Gebrauch machen, welche demselben nur zu seinem

q) In der *systematischen Lehre vom Contradictor*, §. 134.

Vortheile ausserhalb des Concurses von den Gesetzen zugeeignet sind, und woran er jetzt kein Interesse mehr hat. Hierher gehört auch das Recht, zu bestimmen, gegen welche Forderung die Compensation vorgeschützt werden soll, welches nun, da das Interesse des Schuldners aufhört, auch zugleich mit als erloschen angesehen werden muss. Es würde also gesetzwidrig seyn, wenn man dem Contradictor die Ausübung eines erloschenen Rechts gestatten wollte.

Muss also der Richter, nach den von uns vorgetragenen Grundsätzen, allein diesen Punct entscheiden, so fragt es sich noch, welches Princip er bey dieser Entscheidung zum Grunde legen müsse. — Kann er die gesetzliche Vermuthung dabey zum Grunde legen, nach welcher, wenn ein Schuldner, der mehrere Posten schuldig ist, seinem Gläubiger etwas gezahlt, und nicht bestimmt hat, auf welchen Posten er die Zahlung geleistet haben wolle, zuvörderst auf die Zinsen, hernach auf das lästigste Capital, und wenn alle Capitalien gleich lästig sind, auf das älteste Capital, und wenn alle Capitalien gleich alt sind, auf alle *pro rata* gezahlt zu haben angenommen werden soll, [r]) und hiernach analogisch auch bestimmen, welche Forderung des Gläubigers durch die Compensation als getilgt angesehen, werden soll? — oder muss er bey seiner Entscheidung ein anderes Princip zum Grunde legen? — Aus der angegebenen gesetzlichen Präsumtion kann kein Entscheidungsgrund hergenommen werden, indem diese sich auf den Nutzen des Schuldners gründet, und es hier dem Schuldner völlig gleichgültig ist, auf welche Anforderung die Abrechnung geschieht, mithin die Regel: *Cessante legis ratione cessat eius dispositio,* entgegen steht. Und da es wirklich an einem andern Princip, welches hier zum Grunde gelegt werden könnte, gänzlich fehlt, so bin ich der Meinung, dass der Richter am besten thut, wenn er in vorkommenden Fällen so entscheidet, dass die Abrechnung auf alle liquidirte Forderungen *pro rata* geschehen soll, indem so keinem zu nahe getreten wird.

Auser den bisher entwickelten Fällen giebt es noch andere, in denen ebenfalls die Frage der Compensation entstehen kann, die aber mit jenen nicht von einerley Gattung sind, und daher nicht ganz nach den oben gelehrten Grundsätzen beurtheilt werden können, sondern bey deren Entscheidung ein anderer Maasstab angenommen werden muss. Hierher gehört

r) *L. 5 pr. D. de solut. L. 8 D. eod.* Henr. Hildebrand *de imputatione soluti ex pluribus nominibus*, Altorf. 1728.

I. der Fall, wenn ein Concurs-Gläubiger während des Concurſes an der Gütermaſſe etwas ſchuldig wird, und dem Gütervertreter, der ſolches von ihm beytreiben will, die Ausflucht der Compenſation entgegen ſetzt. Z. B.: Ein Gläubiger übernimmt während des Concurſes die Miethe eines zur Gütermaſſe gehörigen Hauſes oder andern Grundſtücks, oder kauft bey der Veräuſserung des ſchuldnerischen Vermögens davon etwas an ſich, und wird folglich der Maſſe aus dem Mieth- oder Kauf-Contracte Pachtgelder oder Kaufſchilling ſchuldig. Kann hier der Gläubiger, wenn der Gütervertreter dieſe Gelder von ihm beytreiben will, zur Compenſation ſeine Zuflucht nehmen, und ſie von der Schuld abrechnen, mit welcher ihm der Schuldner verhaftet iſt?

Leyſer [s]) glaubt, daſs die Compenſation hier allerdings zuläſſig ſey, ſo bald nur der Gläubiger ein wahrſcheinliches Vorzugsrecht darzuthun im Stande iſt. Ihm pflichten auch *Schaumburg* [t]) und *Hellfeld* [u]) bey, wollen jedoch einen ſolchen Gläubiger zur Beſtellung einer *Cautio de reſtituendo* angehalten wiſſen, damit die übrigen Gläubiger nicht gefährdet werden mögen, wenn etwa dieſes angebliche Vorzugsrecht bey näherer Prüfung hernach als ungegründet befunden werden ſollte. Hingegen behaupten andere angeſehene Rechtslehrer, [v]) daſs in dem vorliegenden Falle dem Gläubiger die Ausflucht der Compenſation durchaus nicht zu geſtatten ſey, ſondern er das ſchuldige Geld zur Concurs-Maſſe einzuliefern und wegen ſeiner Forderung die richterliche Location abzuwarten angewieſen werden müſſe, es wäre denn, daſs bereits völlig ausgemacht worden wäre, es ſtehe dieſem Gläubiger ein unſtreitiges Vorzugsrecht vor den übrigen Concurs-Gläubigern zu. Dieſe letztere Behauptung iſt um

s) In *Meditat. ad Pandect.*, Spec. 173, Med. 4.

t) In *Princip. prax. iur. iudic.*, L. 2, C. 8, §. 10, No. 3.

u) In *iurisprudent. forenſ.*, §. 932.

v) *Berger*, in *Oeconom. iuris*, L. 3, T. 16, §. 4. No. 5; *Gmelin*, in der *Lehre vom materiellen Concurſe der Gläubiger*, §. 31; *Carl Friedr. Walch*, in D. *de compenſatione in concurſu creditorum*, §. 15; und in *Introduct. in controverſ. iur. civilis*, p. 707; *Joh. Linde* in D. *de compenſatione in concurſu creditorum*, §. 8; *v. Winkler*, D. *de iure compenſationis in concurſu creditorum*, p. 4.

deſswillen unſtreitig als die richtigere anzunehmen, weil ſie genau mit dem durch den Concurs hervor gebrachten Verhältniſſe überein ſtimmt, und in dem entgegen geſetzten Falle die durch den Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger hervor gebrachte Gleichheit würde aufgehoben werden. Denn wollte man einem Concurs-Gläubiger hier die Compenſation geſtatten, ſo könnten ja nur alle diejenigen Gläubiger, welche bey der Location wenig Ausſicht zu ihrer Befriedigung haben, von dem ſchuldneriſchen Vermögen, wenn es öffentlich verkauft wird, ſo viel käuflich an ſich bringen, als ihre Forderung beträgt, und ſich nunmehr durch die Ausflucht der Compenſation zum Nachtheile der andern beſonders befriedigen. Daſs man aber dem Gläubiger auf den Fall, wenn das Vorzugsrecht ſeiner Forderung unbezweifelt iſt, die Compenſation geſtattet, geſchieht um deſswillen, weil alsdann die Bezahlung an die Concurs-Maſſe ſeiner Seits nur unnütz ſeyn würde, indem er doch ſein Geld hernach wieder erhalten müſste, es alſo beſſer iſt, wenn ein ſolcher Gläubiger ganz aus dem Verzeichniſſe der übrigen Concurs-Gläubiger vertilgt wird.

Ferner:

II. Kommt auch hier der Fall in Betrachtung, wenn der Schuldner des Cridarius nach ausgebrochenem Concurſe zum Beſten der Concurs-Maſſe Geld oder ſonſt etwas vorgeſtreckt, oder auch zum Beſten derſelben gearbeitet hat, nunmehr von dem Gütervertreter wegen desjenigen womit er dem Schuldner verhaftet iſt, belangt wird, und wegen ſeiner Anforderung an die Concurs Maſſe die Ausflucht der Compenſation entgegen ſetzt. Daſs hier die Compenſation als richtig zugelaſſen werden muſs, leidet im mindeſten keinen Zweifel; denn die Forderung dieſes Gläubigers macht eine Schuld der ganzen Maſſe aus, die nicht eher für berichtigt angeſehen werden kann, als bis alle Schulden abgezogen ſind. Der Schuldner des Cridarius, welcher hier die Compenſation vorſchützt, iſt als ein wirklicher *Creditor maſſae* zu betrachten, welcher ſchlechterdings, wie ich in dem Kapitel von den Concurs-Koſten gezeigt habe, aus der Maſſe befriedigt werden muſs, ehe noch einer von den Concurs-Gläubigern zur Perception gelangen kann. Wollte man alſo in dieſem Falle die Compenſation nicht zulaſſen, ſo würde offenbar eine unnütze Zahlung daraus entſte-

hen, indem der Schuldner des Cridarius doch in der Qualität eines Gläubigers der Masse das Seinige unbezweifelt erhalten muss, es den Gläubigern daher völlig einerley seyn kann, ob er dieses jetzt oder erst hernach bekommt, wogegen seiner Seits es wieder vortheilhafter ist, nicht zu zahlen, als hernach seinen Anspruch zu verfolgen. Auch das Concurs-Verhältniss kann hier gar nicht in Betrachtung kommen, indem dies nur einem wirklichen Concurs-Gläubiger, nicht aber einem *Creditor massae*, an der Compensation hinderlich seyn kann. w)

Von diesem Falle ist endlich noch

III. der Fall verschieden, wenn jemand während des Concurses ein Schuldner der Concurs-Masse, und auch zugleich Gläubiger derselben wird, welcher ebenfalls in Erwägung gezogen zu werden verdient. Z. B.: Cajus kauft bey der öffentlichen Veräusserung des schuldnerischen Vermögens etwas aus der Concurs-Masse, und schiesst nun wieder Geld zum Besten der Masse vor. Er wird hierauf von dem Gütervertreter auf die Bezahlung des Kaufschillings belangt, und setzt demselben die Ausflucht der Compensation entgegen.

Dass in diesem Falle, wenn nur sonst die gehörigen Erfordernisse zur Compensation vorhanden sind, die Compensation allerdings Statt habe, ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, als das Concurs-Verhältniss nicht entgegen stehen kann, sondern bloss die gewöhnlichen Verhältnisse zwischen respective Schuldnern und Gläubigern eintreten. x)

Wenn die Ausflucht der Compensation von einem Concurs-Gläubiger dem Gütervertreter, welcher ihn wegen einer Schuld, womit er dem Cridarius verhaftet ist, belangt, entgegen gesetzt wird, und solche nach den obigen Grundsätzen

w) *Gmelin* a. a. O., §. 22; *Walch* a. a. O.; *Linde* a. a. O., §. 10.

x) Ich setze jedoch so wohl in diesem als in dem No. II enthaltenen Falle immer voraus, dass die nöthigen Erfordernisse zur Compensation überhaupt vorhanden sind. Wäre daher das, was der Concurs-Masse vorgestreckt worden ist, noch nicht exigibel, so würde der *Creditor massae* und respective Schuldner des Cridarius oder Schuldners der Masse zur Zahlung angehalten und mit seiner Ausflucht der Compensation nicht gehört werden müssen.

nur zugelassen werden kann, so darf er die Forderung nicht schon beym Concurse liquidirt haben, es wäre denn, dass solches zu seiner eventuellen Sicherheit und unter der Protestation, sich nicht in den Concurs einlassen zu wollen, von ihm geschehen wäre; denn ich habe oben gezeigt, dass es der Natur der Sache widerspricht, eine Forderung, die man klagend angebracht hat, auch hernach zur Compensation gebrauchen zu wollen.

Wird ein Concurs-Gläubiger mit der Ausflucht der Compensation, die er dem Gütervertreter entgegen setzt, abgewiesen, weil es an den zur Compensation beym Concurse nöthigen Erfordernissen fehlt, so fragt es sich: Was hat diese Abweisung in Ansehung der zur Compensation vorgeschützten Forderung für einen Effect? Ich unterscheide, ob der Concurs-Gläubiger solche ebenfalls mit liquidirt hatte, oder ob solches nicht geschehen ist. Im erstern Falle kann er wegen dieser zur Compensation gebrachten Forderung noch immer seine Befriedigung beym Concurse verlangen, jedoch ist auch hier darauf Rücksicht zu nehmen, was nach den verschiedenen Fällen gilt, in welchen jemand mit der Einrede der Compensation abgewiesen wird. y) Hingegen im letztern Falle ist wieder zu unterscheiden, ob die Verwerfung der Einrede der Compensation zu einer Zeit geschah, zu der noch der Termin zur Liquidation offen stand, oder zu einer Zeit, zu der derselbe bereits verflossen war, und die Gläubiger, welche sich nicht mit ihren Ansprüchen gemeldet hatten, waren präcludirt worden. Im erstern Falle muss ihm gestattet werden, seine Forderung noch beym Concurse zu liquidiren; wogegen er im letztern Falle wegen derselben nunmehr als gänzlich von dem gegenwärtigen Concurse abgewiesen zu betrachten ist, obgleich sein Recht gegen den Schuldner nicht dadurch erlischt, sondern noch immer in der Folge, wenn derselbe wieder zu Kräften kommen sollte, anhängig gemacht werden kann.

Was b. die active und passive Repräsentation der Gläubiger bey einem heutigen Concurse betrifft, so fällt nun schon in Absicht der passiven Repräsentation wegen des vorhin Bemerkten dasjenige weg, was ich oben, (S. 279 folg.,) vorgetragen habe. — Uebrigens aber sind noch gegenwärtig die Gläubiger verbunden, alle Verfügungen des Schuldners anzuerkennen, welche er vor dem

y) Vortrefflich hat über diesen Punct *Adolph Dietrich Weber* in den *Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden*, in der sechsten Betrachtung, gehandelt.

Ausbruche des Concurses über sein Vermögen vorgenommen hat. Die Vorschrift der *L.* 8 *D. de reb. auct. iud. possid.*, (S. 279, No. III,) wird auch analogisch auf den Concurs der Gläubiger angewendet. Hat also der Schuldner vor dem Ausbruche des Concurses eine zu seinem Vermögen gehörige Sache verkauft und nicht übergeben, so können die Gläubiger zur Uebergabe angehalten werden; und hat er eine Sache verpachtet oder vermiethet, so wird durch den Eintritt des Concurses auch der abgeschlossene Pacht oder Mieths-Contract nicht aufgehoben. [z]) Da indess die active Repräsentation der Gläubiger ihnen wieder dieselben Rechte verleiht, welche der Schuldner hatte, so steht die passive Repräsentation hier nicht entgegen, dass die verpachtete oder vermiethete Sache veräussert, und das daraus gelösete Geld zur Concurs-Masse gezogen werden kann. Der Schuldner hatte ja die Befugniss, des Pacht- oder Mieths-Contracts ungeachtet die Sache zum Verkaufe zu bringen, und eine gleiche Befugniss muss auch den Gläubigern gestattet werden. Der Pachter und Miethsmann treten alsdann wegen des Schadensersatzes unter den Concurs-Gläubigern auf, und liquidiren beym Concurse das, was ihnen dadurch entgangen ist, dass ihnen die Pacht- oder Miethzeit nicht ausgehalten worden ist.

Wenn, wie ich so eben gezeigt habe, die Vorschrift der *L.* 8 *D. de reb. auct. iud. poss.* analogisch bey einem heutigen Schuldenwesen angewendet, und vermöge dieser Anwendung der von dem Schuldner vor dem Ausbruche des Concurses abgeschlossene Pacht- oder Mieths-Contract aufrecht erhalten wird, so entsteht die Frage, ob man diese Analogie weiter ausdehnen, und auch annehmen könne, dass, vermöge der passiven Repräsentation, auch die Gläubiger schuldig sind, alle andere persönliche Verbindlichkeiten, welche der Schuldner, — es versteht sich von selbst, in Ansehung seines Vermögens, — übernommen hat, zu prästiren. — Ich glaube nicht. Denn 1. zeigen selbst die Worte der *L.* 8 *D. de reb. auct. iudic. poss.: Servabit Praetor emtionem et locationem a debitore factam*, dass nur

z) Vergleiche *G. L. Böhmer Electa iur. civil.* T. 1, Ex. 11; *Schorch* in *Opuscul.*, D. XI und XII; *Zoller* Pr. *utrum existente concursu creditorum creditores locationem a debitore celebratam servare teneantur*, Lips. 1757; *Leyser Medit. ad Pand.*, Spec. 494, Med. 3; *Berger Oeconom. iur.*, L. 3, T. 5, §. 26; *Wernher Observat. forens.*, T. 3, P. 3, Obs. 47; *Chr. Frid. Fleischer D. de debito speciei moto ante traditionem concursu creditorum praecise praestando*, Lips. 1753.

prätorische Billigkeit ins Mittel tritt, und nach strengem Rechte der Käufer und Pachter nur wegen des Schadenserſatzes sich an die übrigen Gläubiger hätten anschliessen müssen. Man darf daher nicht füglich das Gesetz ausdehnend erklären; auch würde 2. eine ausdehnende Erklärung den Gläubigern höchst nachtheilig seyn und die Grenzen der passiven Repräsentation der Gläubiger durchaus verwirren. Wer daher sonst noch etwas vermöge eines persönlichen Rechts aus dem Vermögen des Schuldners zu fordern hat, muss als Concurs-Gläubiger auftreten, so wie auch selbst der Pachter schuldnerischer Grundstücke, durch den Satz: Kauf bricht Miethe, dazu gezwungen werden kann.

Noch viel weniger aber darf man auch selbst in Gemäſsheit der wörtlichen Anwendung der *L.* 8, §. 1 *D. de reb. auct. iud. poss.* die passive Repräsentation der Gläubiger so weit ausdehnen, daſs man annehmen wollte, die Concurs-Gläubiger wären schuldig, den Pacht- oder Mieths-Contract, welchen der Schuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossen hat, und welcher beym Eintritte des Concurses noch nicht abgelaufen ist, fortzusetzen. Die Analogie der *L.* 8 *D. de reb. auct. iud. possid.* paſst hier durchaus nicht, und eine bloſse Billigkeit können wir nicht zur Richtschnur der Entscheidung machen. Eben so gut würde folgen, daſs auch die Gläubiger die Schulden entrichten, folglich sich selbst einander bezahlen müſsten. [a])

In Ansehung der dinglichen Verbindlichkeiten des Schuldners ist die passive Repräsentation der Gläubiger um so weniger einem Zweifel unterworfen, als diese nach dem Grundsatze: *Sunt realia, quae a rebus, non a personis debentur,* auf der Sache selbst, nicht aber auf der Person, welche die Sache besitzt, haften, ob diese gleich wegen des Besitzes allein solche gegen sich gelten zu lassen verbunden ist. Sind nun aber die Concurs-Gläubiger als Besitzer des schuldnerischen Vermögens zu betrachten, so kann auch die Erfüllung dinglicher Verbindlichkeiten von ihnen eben so gut wie vorher von dem Schuldner, als dieser noch Besitzer seines Vermögens war, gefordert werden. Die Concurs-Gläubi-

a) Das Gegentheil behauptet Schorch, *a. a. O.*, §. 14, und gründet sich dabey vorzüglich auf die Gleichheit der Rechte; allein wo ist denn durch die Gesetze eine solche absolute Gleichheit der Rechte eingeführt worden? Vergleiche Böhmer *Electa iuris civil.*, Ex. XI, §. 2.

ger, oder vielmehr der sie wieder repräsentirende *Curator bonorum*, sind daher auch schuldig,

1. diejenigen Steuern und Abgaben, die nach der Landesverfassung von dem Vermögen des Schuldners an den landesherrlichen Fiscus entrichtet werden müssen, zu bezahlen;
2. alle andere Lasten und Beschwerden, die auf den schuldnerischen Gütern haften, abzuführen, in so fern sie als dingliche Lasten betrachtet werden können, wohin auch die dinglichen Renten und Gülten gehören; b)
3. zuzugeben, dass jemand, der eine Dienstbarkeit an dem schuldnerischen Vermögen erworben hat, solche nach wie vor ausüben könne. c)

Dem, der dergleichen dingliche Rechte an dem Vermögen des Schuldners hat, steht während des Concurses das Klagerecht gegen die Concurs-Gläubiger und den diese vertretenden *Curator bonorum* zu. Und eben dieses Klagerecht muss ihm nach gleichen Grundsätzen gegen die Gläubiger wegen der rückständig gebliebenen Abgaben nach der Beendigung des Concurses gestattet werden, wenn er gleich auch gegen den jetzigen Besitzer der schuldnerischen Güter zu klagen berechtigt ist.

Mehr umfassend als die passive ist die active Repräsentation der Gläubiger. Alle Vermögensrechte des Schuldners können vermöge derselben von den Gläubigern oder dem sie vorstellenden *Curator bonorum* ausgeübt werden. Sie können daher so weit, als ihre durch den Concurs begründete Befugniss es zulässt, von allen dem Schuldner gegen einen Dritten zuständigen Rechten den vollkommensten Gebrauch machen, und der Dritte ist schuldig, solche gegen sich gel-

b) Dass die Renten und Gülten aber auch wirklich dingliche sind, ist zuvörderst zu erweisen. Vergleiche hierüber *v. Trützschler Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und ablöslicher Zinsen bey entstandenem Concurse*, Altenburg 1777.

c) *Huber Prael. iur. civil.*, P. II, Lib. 20, Tit. 4, §. 1. — Da die Gläubiger als Besitzer des Vermögens des Schuldners alle auf demselben haftende Lasten und Abgaben zu entrichten verbunden sind, so müssen sie auch befugt seyn, die damit in unzertrennlicher Verbindung stehenden Rechte, — *iura realia*, — Grundrechte, — auszuüben, z. B. Gerichtsbarkeit und Patronat-Recht. Man sehe *Püttmann Advers. iur. univ.*, T. 1, pag. 221; *Puffendorf Obs. iur. universi*, P. IV, No. 229; *I. H. Böhmer I. p. e.*, Lib. 3, Tit. 38, §. 3; *I. S. Schmidt de exercitio iuris patronatus realis ad fructus praediorum referendo*, Lips. 1746.

ten zu lassen. Liegt bey dem Concurse eine Güterabtretung zum Grunde, so ist dieser Satz um so weniger zweifelhaft, als der Schuldner sein Vermögen den Gläubigern zu ihrer Befriedigung abtrat, und denselben die Ausübung seiner Vermögensrechte gestattete, welches der Dritte anzuerkennen verbunden ist. Aber auch dann, wenn die Güterabtretung geschehen ist, giebt schon nach dem Gerichtsbrauche der Concurs selbst den Gläubigern diese Rechte, welche sie bey den Römern ohne Cession nur durch die jetzt nicht mehr gebräuchliche Immission erhalten konnten. Aus dem Umfange der activen Repräsentation der Gläubiger muss nun auch die so wichtige als streitige Frage entschieden werden, ob die Gläubiger den von dem Schuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossenen Pacht-Contract, wenn sie dabey Nutzen finden, nach entstandenem Concurse fortzusetzen berechtigt sind. *Böhmer* [d]) spricht den Gläubigern diese Befugniss darum ab, weil ihnen durch den Concurs auf jeden Fall nur ein Recht an den eignen Gütern des Schuldners eingeräumt werde, nicht aber an denen, welche der Schuldner pachtweise von andern besitzt. Allein *Böhmer* verwechselt hier offenbar Dinge, die nicht mit einander verwechselt werden müssen. Wer hat denn behauptet, dass der Concurs den Gläubigern das Recht verleihe, die von dem Schuldner gepachteten Grundstücke so wie seine eignen anzugreifen und zu veräussern? Die Frage ist ja nur, ob die Gläubiger an der Stelle des Schuldners den von ihm über fremde Grundstücke abgeschlossenen Pacht-Contract fortzusetzen befugt sind. Nun aber erlischt 1. der Pacht-Contract nicht durch den Eintritt des Concurses, sondern bloss in Ansehung des Societäts-Contracts ist solches durch die Gesetze aus besondern Gründen bestimmt worden. Es gehört auch 2. das aus dem Pacht-Contracte erworbene Recht nicht zu den ganz persönlichen Rechten des Schuldners. Und da es 3. unbezweifelt als ein Bestandtheil seines Vermögens und ein zu demselben gehöriges Recht anzusehen ist, und die Gläubiger durch den Concurs in alle Vermögensrechte des Schuldners, welche von seiner Person abgesondert werden können, treten; so ist nicht abzusehen, warum auch den Gläubigern das aus dem Pacht-Contracte des Schuldners erworbene Recht nicht gestattet werden sollte. [e])

d) In *Elect. iuris civilis*, T. I, Exercit. II, §. 6—8.

e) *Leyser Med. ad D.*, Spec. 220, Med. 6; *Schorch* in *Opuscul.*, No. XI, §. 11.

Ich habe bisher über das Verhältnifs der Gläubiger unter und gegen einander und gegen einen Dritten gesprochen. Es wird noch nöthig seyn, die Rechte der Gläubiger an dem schuldnerischen Vermögen bey einem heutigen Concurse näher zu bestimmen, indem ein Schuldner bey uns auch häufig Güter und Sachen besitzt, die den Römern ganz unbekannt waren, und worüber daher im Römischen Rechte nichts bestimmt werden konnte.

Oben, (S. 129 und 265,) habe ich gezeigt, dafs bey den Römern durch die *Cessio* so wohl als *Immissio* das gesammte Vermögen des Schuldners den Gläubigern anheim fiel, und zwar bey der *Cessio* das gegenwärtige, bey der *Immissio* aber auch das zukünftige Vermögen, — nämlich das, welches während des Schuldenwesens noch dem Schuldner erworben wurde. Da es in der *L.* 49 *D. de V. S.* ausdrücklich heifst: *Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus petitionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur*; so kann auch kein Zweifel vorhanden seyn, dafs auch die Rechte des Schuldners auf die Gläubiger übergehen. Ich habe aber auch oben, (S. 265,) gezeigt, dafs von diesem Uebergange alle blofs persönliche Rechte des Schuldners ausgenommen waren, wenn gleich die Gläubiger wohl befugt waren, die vermittelst solcher ganz persönlichen Rechte von dem Schuldner erworbenen Früchte sich zuzueignen. Aus diesen Sätzen entspringt denn folgende das heutige Concurs-Wesen betreffende Theorie:

1. Solche Rechte des Schuldners, die blofs auf die Person des Schuldners eingeschränkt sind, und ihrer Natur nach andern keinen Nutzen gewähren können, dürfen auch nicht von den Gläubigern zur Ausübung gebracht werden. Ein Beyspiel davon geben §. 1 und 2. *I. de usu et habit.* — Wenn hingegen
2. auch gewisse Rechte nur in so fern blofs persönliche sind, als sie nicht auf einen andern übergetragen und vererbt werden können, so sind wenigstens die Gläubiger befugt, so lange der Concurs dauert, sich die Nutzungen dieser Rechte zuzueignen. Ich habe oben, (S. 266,) gezeigt, dafs dies der Fall bey dem dem Schuldner gestatteten *Ususfructus* ist, aufser dafs in Absicht des Brautschatzes, weil dieser nur bedingter Weise dem Manne ist überlassen worden, kein unbedingtes Recht der Gläubiger angenommen werden kann. f) Darum erstreckt sich auch

f) Die Lehre der Juristen, (vergl. *G. L. Mencken D. de usufr. maritali ad inopiam re-*

3. das Recht der Gläubiger über das Salarium des Schuldners und andere Einkünfte, die der Schuldner, vermöge eines öffentlichen Amts, zu erheben hat, g) ausser dass hier das oben, (S. 508 und 511,) abgehandelte Interventions-Recht die Befugniss der Gläubiger einschränkt.

4. Wenn der Schuldner Güter besitzt, auf deren Substanz eigentlich die Schulden nicht fallen, als: Lehn- und Fideicommiss-Güter, so kann doch den Gläubigern das Recht nicht streitig gemacht werden, sich die Früchte davon zuzueignen und solche zu ihrer Befriedigung zu verwenden. h)

dacti in bonis uxorum, §. 4 und 5; *I. S. Brunnquell* D. *de usufructu maritali in rebus uxoris moto super illius bonis concursu creditorum cessante*, in *Opuscul.*, T. II, No. 18.;) dass durch die Entstehung eines Concurses die dem Manne an dem Brautschatze und den übrigen Gütern der Ehefrau zuständigen Rechte aufgehoben würden, habe ich bereits oben verworfen. Die Gesetze des Römischen Rechts, welche man zum Beweise anführt, nämlich die *L.* 29 *C. de iure dot.* und *L.* 24, *pr. D. soluto matrim.*, beweisen nichts, sondern verstatten bloss, auf den Fall, dass der Mann in Concurs verfällt, der Ehefrau das Recht, ihre Vermögensstücke zurück zu nehmen, damit diese nicht mit denen des Mannes vermischt und mit zur Befriedigung seiner Gläubiger angewendet werden mögen. Man vergleiche noch *Io. Frid. Mantzel* D. *an et quatenus iura coniugum moto concursu creditorum mutentur*, Rostoch. 1760.

g) Das Gegentheil behauptet *Püttmann*, *Advers. iuris universi*, Lib. I, pag. 211. Arg. *L.* 5 *C. quae res pignor. oblig. potest*, wo es heisst: *Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt: privata pactione pignorari minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.* Allein das Gesetz passt weder directe noch indirecte und analogisch auf die Salarien, wenn man auf den wahren Grund desselben Rücksicht nimmt. — Was ich übrigens hier im Allgemeinen behauptet habe, gilt auch von den Revenüen der Geistlichen. C. 2 und 3 *X. de fidei. I. H. Böhmer de clerico debitore*, §. 22.

h) *I. A. Hellfeld de iure credit. allodialium intuitu feudi et concursus feudalis*, Ien. 1755, und in *Opusc.*, No. XXII. Man vergleiche damit die eben daselbst No. XXIII befindliche Disputation: *De iure creditorum vasalli in percipienda ex fructibus feudi solutione.* Allodial-Schulden haften, nach gemeinen Rechten, nicht so auf dem Lehen, dass die Substanz desselben zu ihrer Tilgung aufgewendet werden könnte, wohl aber auf den Früchten desselben, indem darüber dem Vasallen das Recht, zu disponiren, zuständig ist. Man sehe *I. L. Eckardt de debitis feudal.*, Ien. 1787. Alle Früchte von den Lehnsgütern, welche der Schuldner besitzt, werden daher zur Concurs-Masse gezogen und von den Gläubigern erworben. Diese Befugniss dauert so lange, als das nützliche Eigenthum des Lehens bey dem Schuldner verbleibt, ob es gleich auf die Dauer des Concurs-Wesens eingeschränkt ist. Die blosse Absonderung des Lehens vom Allode, welche beym Concurse schon so, auch auf das Andringen der Lehnsgläubiger geschieht, kann den Concurs-Gläubigern nicht das

Uebrigens wird der Umfang der Rechte der Gläubiger auch bey unserm Concurs-Wesen noch durch den Unterschied bestimmt, ob eine Güterabtretung vorgefallen ist oder nicht. Im erstern Falle sind diese Rechte auf das abgetretene Vermögen eingeschränkt, im letztern Falle hingegen erstrecken sie sich auch auf dasjenige Vermögen, welches dem Schuldner bis zur Beendigung des Concurses anheim fällt. — Ueberall ist alsdann das Ende des Concurses der Termin, in welchem die durch den Concurs begründeten Rechte der Gläubiger aufhören.

Nun wird sich auch die unter den Rechtslehrern so streitige Frage leicht entscheiden lassen, ob nämlich die Gläubiger beym Concurse als *Successores universales* des Schuldners angesehen, und nach den von diesen geltenden Grundsätzen beurtheilt werden können. *Mevius*,[i]) *Hommel*,[k]) *Leyser*[l]) und mehrere Andere tragen nicht das mindeste Bedenken, eine solche Universal-Succession der Gläubiger zu behaupten, und solche als den alleinigen Grund der activen so wohl als passiven Repräsentation der Gläubiger anzusehen. Sie legen dabey hauptsächlich den Fall der Güterabtretung zum Grunde. — *Schorch*,[m]) welcher gleichfalls eine Universal-Succession der Gläubiger annimmt, bestimmt diese jedoch so, dass schon unter Beystimmung der Gesetze derjenige als ein *Successor universalis* angesehen werde, welcher des andern Vermögen zu occupiren berechtigt sey, und solches auch wirklich occupirt habe. Allein, wenn wir auch in so fern die Gläubiger als *Successores universales* ansehen wollten, so würden wir doch die Rechte von diesen nicht auf sie anwenden können: denn so bleibt 1. so wohl bey der Güterabtretung als auch, wenn sich ohne sie ein Concurs ereignet, der Schuldner, bis sein Vermögen veräussert worden ist, Herr und Eigenthümer desselben; 2. erwerben die Gläubiger durch den Concurs lediglich das Recht, über das schuldnerische Vermögen zu ihrer Befriedigung zu verfügen, wohin auch die Befugniss, von dessen Vermögensrechten Gebrauch zu machen, als ein Annexum gehört. Damit aber lässt sich der Begriff von einer

Recht entziehen, sich der Früchte anzumaßen, indem den Lehnsgläubigern nur eigentlich ein Recht an der Substanz des Lehens zukommt. Vergleiche auch *G. L. Legnitz* D. *de allodialitate fructuum feudi* etc., Altorf. 1754, §. 2—15.

i) In *Decisionib.*, P. 3, Dec. 369, P. 9, Dec. 66, P. 7, Dec. 151, No. 4 und 5.

k) In *Rhapsod. quaest.*, Obs. 193.

l) In *Medit. ad Pandect.*, Sp. 173, Med. 4, und Spec. 220, Med. 6.

m) In *Opusc.*, No. IX, §. 10.

Universal-Succession durchaus nicht reimen, und es bedarf auch derselben nicht, um das oben erörterte Repräsentations-Recht der Gläubiger darauf zu gründen, da solches schon aus dem durch den Concurs begründeten Rechte entspringt.

Das Recht der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners hat bey einem Concurse, wie wir bisher gesehen haben, noch meist denselben Umfang, welchen es bey den Römern hatte. — Selbst die in der Novelle 135, (vergleiche S. 145 und 146,) den Gläubigern gestatteten Rechte räumt man denselben noch heutiges Tages ein, obgleich jene Novelle nicht glossirt ist, und daher nach der Regel: *Quidquid glossa non agnoscit, non agnoscit curia*, in den Gerichten nicht angewendet werden darf. Die Rechte, welche hier *Justinian* den Gläubigern einräumt, fliessen schon aus der Natur des heutigen Schuldenwesens, und bedürfen daher nicht erst einer gesetzlichen Sanction, deren sie bey den Römern wegen der besondern Eigenschaft des Römischen Schuldenwesens allerdings bedurften.

SIEBEN UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Von dem Concurs-Gerichte.

Ich habe oben gezeigt, dass bey den Römern der *Prätor* und *Präses* der Provinz, und in neuern Zeiten der *Iudex domicilii* des Schuldners das Schuldenwesen dirigirte.

Ueber die Frage: welches Gericht beym Concurse der Gläubiger jetzt als *Forum competens* anzunehmen sey, sind die Rechtslehrer in ihren Meinungen getheilt. Die gemeine Meinung ist, dass das *Forum domicilii* des Schuldners als alleiniges *Forum competens* angenommen, und diesem die Direction des ganzen Concurs-Wesens überlassen werden müsse. [n]) Hingegen machen andere Rechtslehrer den Unterschied: ob unter dem *Foro domicilii* des Schuldners zugleich der grösste Theil seines Vermögens belegen ist, oder solcher vielmehr unter der Jurisdiction eines andern Gerichts angetroffen wird. In dem erstern

n) *Lauterbach Colleg. theoret.-practic.*, L. 42, T. 5, §. 22; *Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar.*, L. 2, C. 8, §. 3; *Io. Aug. Hellfeld* in *Iurisprudent. forens.*, §. 1815; *Sebast. Ad. Krafts Practische Anmerkungen über den Concurs-Prozess*, §. 2; u. a. m.

Falle, behaupten sie, müsse das *Forum domicilii* des Schuldners als Concurs-Gericht angenommen werden, hingegen in dem letztern Falle demjenigen Gerichte, unter dessen Gerichtsbarkeit der gröſste Theil des schuldnerischen Vermögens belegen ist, die Direction des Concurs-Wesens überlassen, und solches als competent angenommen werden. o)

Bey beyden Meinungen liegt ein und eben dasselbe Princip zum Grunde, und die bey der letztern vorkommende Distinction beruht allein darauf, daſs auf den Fall, wenn der gröſste Theil des schuldnerischen Vermögens unter einem andern Gerichtsstande als unter dem *Foro domicilii* des Schuldners belegen seyn sollte, dort das ganze Concurs-Wesen füglicher und mit mehrerer Gemächlichkeit als in dem *Foro domicilii* des Schuldners zu Ende gebracht werden könne, mithin aus diesem Grunde von der allgemeinen Regel eine Ausnahme gemacht werden müsse, — welche Ausnahme man denn dadurch zu entschuldigen sucht, daſs in den Gesetzen selbst aus eben demselben oder einem andern ähnlichen Grunde sehr häufig Ausnahmen von der Regel angetroffen würden. Ja, *Leyser* p) glaubt sogar, daſs diese Ausnahme sich sehr gut aus der *L. 2 pr. D. de curat. bon. dand.* vertheidigen lasse. Wir haben daher nur den allgemein von den Rechtslehrern angenommenen Grundsatz zu prüfen, aus welchem die Competenz des *Fori domicilii* des Schuldners als Concurs-Gerichts abgeleitet wird, indem, wenn dieses die Probe halten sollte, sich auch sehr leicht bestimmen läſst, ob jene Ausnahme von der Regel als richtig angenommen werden kann.

Die Competenz des *Fori domicilii* des Schuldners als Concurs-Gerichts wird daher abgeleitet, weil beym Concurse Klagen allerley Art gegen den Schuldner angebracht würden, und das *Forum domicilii* des Schuldners nur als dessen einziges *Forum generale* anzunehmen sey, wo so wohl persönliche als dingliche Klagen gegen ihn angebracht werden können, man also ein solches *Forum* des Schuldners als Concurs-Gericht annehmen müsse, wo allerley Ansprüche gegen denselben geltend gemacht werden könnten. Dieses Princip ist es auch unstrei-

o) *Io. Frid. Wahl* D. *de iudice in concursu creditorum competente*, Götting. 1750; *Dan. Nettelbladt Systema elementare iurisprudent. positiv. Germanor. comm. general.*, §. 808; *Leyser Meditat. ad Pandect.*, Spec. 72, Med. 6.

p) *A. a. O.*

tig nur allein, woraus die vorgelegte Frage entſchieden werden kann; denn der Concurs der Gläubiger bringt unter den Forderungen aller Gläubiger eine ſolche allgemeine Verbindung hervor, daſs nunmehr jeder Gläubiger, der noch nicht gegen den Schuldner auf ſeine Befriedigung geklagt hat, ſich ebenfalls gerichtlich zu melden gezwungen wird, wenn er nicht bey dem gegenwärtigen Concurs-Weſen zu kurz kommen will. Iſt dies aber der Fall, wie keiner abläugnen wird, ſo muſs durchaus ein ſolches Gericht als Concurs-Gericht angenommen werden, bey welchem Anſprüche allerley Art gegen den Schuldner geltend gemacht werden können, und welches allgemein in Angelegenheiten des Schuldners durchzugreifen im Stande iſt. Dazu kommt noch, daſs auch hier die Regel: *Actor ſequitur forum rei,* ihre gute Anwendung findet, vermöge deren der Schuldner, wenn man auch ein anderes Gericht als Concurs-Gericht annehmen wollte, nicht gezwungen werden kann, ſich vor demſelben auf ſolche gegen ihn erhobene Klagen einzulaſſen, die eigentlich nur vor das *Forum domicilii* des Schuldners gehören.

Aus dem letztern Argumente, deſſen ich mich hier bedient habe, um die Competenz des *Fori domicilii* des Schuldners als Concurs-Gerichts zu behaupten, glaube ich, muſs auch der Punct berichtigt werden: ob von dieſer Regel alsdann eine Ausnahme zu machen ſey, wenn der gröſste Theil des ſchuldneriſchen Vermögens unter einem andern Richter als unter dem Richter des *Fori domicilii* des Schuldners belegen iſt. Meiner Einſicht nach kann man dieſe Ausnahme durchaus nicht gelten laſſen, weil die bloſse Bequemlichkeit bey der Führung des Concurs-Weſens keinen hinlänglichen Grund abgiebt, von der allgemeinen Regel abzuweichen, indem dergleichen Ausnahmen nicht nach bloſser Willkühr, ſondern nur unter dem Beyſtande der Geſetze gemacht werden dürfen. Nun aber fehlt es an Geſetzen, woraus ſich dieſe Ausnahme rechtfertigen lieſse; denn die *L. 2 pr. D. de curator. bon. dand.*, wodurch, nach *Leyſers* Meinung, dieſe Ausnahme von der Regel unterſtützt wird, iſt hier gar nicht anwendbar. Es iſt darin von der Beſtellung eines Gütervertreters die Rede, um welche der Prätor, und, wenn die Güter des Schuldners in der Provinz belegen ſind, und verkauft werden ſollen, der *Praeſes provinciae* von den Gläubigern angegangen werden ſoll. *De curatore conſtituendo*, (heiſst es daſelbſt,) *hoc iure utimur, ut Praetor adeatur isque curatorem curatoresque*

constituat ex consensu maioris partis creditorum: vel Praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt. — Wie passt aber alles dieses auf das Concurs-Gericht und die in Ansehung desselben vorkommenden Fragen? wozu noch kommt, dass dieses Gesetz sich auf eine Römische Procedur beym Concurse begründet, die sehr von der heutigen verschieden ist, und daher dem Gesetze alle directe Anwendbarkeit abgesprochen werden muss. Zudem redet das Gesetz selbst auch nicht einmahl von der Direction des ganzen Concurs-Wesens, sondern nur bloss von der Veräusserung der schuldnerischen Güter, wovon, als einer einzelnen zum Concurs-Wesen gehörigen Handlung, zumahl wenn man alle hier zum Grunde liegende Umstände genau erwägt, nimmermehr ein Schluss aufs Ganze gemacht werden kann. Dazu kommt noch, dass bey den Römern in neuern Zeiten allein der *Iudex domicilii* die Direction des Schuldenwesens hatte.

Dem Concurs-Gerichte liegt in Absicht auf das Concurs-Wesen die Verbindlichkeit ob, dahin zu sorgen, dass alle noch unbekannte Gläubiger mit dem Zustande des schuldnerischen Vermögens bekannt werden mögen, und das ganze Concurs-Wesen in der besten Ordnung und so zu Ende gebracht werde, dass weder der Schuldner, noch die Gläubiger, so wohl im Ganzen als im Einzelnen, dabey Nachtheil erleiden. Alle hierauf sich beziehende Gerechtsamen müssen daher auch dem Concurs-Gerichte zugesprochen werden. Ich finde es der Vollständigkeit halber nöthig, diese Gerechtsamen des Concurs-Gerichts, wenigstens die vorzüglich wichtigen, kurz anzugeben. Es gehört dahin:

I. das Recht, dem Schuldner nach ausgebrochenem Concurse alle fernerweitige Administration seines Vermögens zu untersagen, die schuldnerischen Effecten zu versiegeln, denselben aus seinen Gütern zu exmittiren, die Inventur des schuldnerischen Vermögens zu besorgen, und bey der Ausübung der den Gläubigern darüber erworbenen Gerechtsamen, z. B. bey der Verpachtung, Veräusserung u. s. f. der schuldnerischen Grundstücke, zu concurriren;

II. das Recht, die Edictal-Citation zu erlassen, und vermittelst derselben die noch unbekannten Gläubiger vorzuladen, ihnen einen gewissen Termin zur Anbringung ihrer Ansprüche gegen den Schuldner zu bestimmen,

und diejenigen, welche sich während dieser Zeit nicht gemeldet haben, von dem Concurse zu präcludiren;

III. das Recht, unter den Gläubigern eine gütliche Vereinbarung zu versuchen, und wenn diese nicht erfolgt, den Concurs-Prozess zu eröffnen;

IV. das Recht, den Contradictor zu bestellen, ingleichen den *Curator bonorum*, wenn sich die Gläubiger über dessen Bestellung nicht sollten vereinbaren können;

V. das Prioritäts-Verfahren unter den Gläubigern zu instruiren;

VI. das Vorzugsrecht unter den Gläubigern, oder die Ordnung, worin die Gläubiger ihre Befriedigung entgegen nehmen sollen, durch eine Sentenz zu bestimmen, welche die Locations- oder Classifications-Sentenz, (*Sententia classificatoria, prioritatis,*) genannt wird;

VII. das schuldnerische zu Gelde geschlagene Vermögen durch den Distributions-Bescheid unter die Gläubiger zu vertheilen, und so dem gegenwärtigen Concurs-Wesen ein Ende zu machen.

Dem Concurs-Gerichte wird auch von den Rechtslehrern eine so genannte anziehende Kraft, (*Vis attractiva,*) beygelegt, über welchen wichtigen Punct wir uns in eine umständliche Untersuchung einlassen müssen. Man versteht darunter den doppelten Effect, dass 1. alle gegen den Schuldner bey andern Gerichten obschwebende Prozesse, in dem Zustande, wie sie sich zur Zeit des entstandenen Concurses befanden, an das Concurs-Gericht zur weitern Erörterung und Entscheidung abgegeben werden müssten; ferner 2. dass alle Güter und Vermögensstücke des Schuldners, die unter einer andern Gerichtsbarkeit belegen sind, von dem Concurs-Richter zur Concurs-Masse gezogen und der Disposition des Concurs-Gerichts unterwürfig gemacht werden könnten. Ich werde zuvörderst von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner zur Zeit des entstandenen Concurses anderwärts obschwebenden Streitsachen handeln, und prüfen, in wie fern solche als gegründet angenommen werden könne, — nicht, als ob sie auf die zweyte Gattung dieser anziehenden Kraft einen so starken Einfluss hätte, dass von ihr zuerst gehandelt werden müsste, sondern weil mir die Ordnung dazu die Hand bietet.

Was a. die anziehende Kraft des Concurs Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner vor andern Gerichten obschwebenden Prozesse betrifft, so wird solche fast durchgehends von den Rechtslehrern, und so allgemein vertheidigt, dass sie sich auf Streitsachen allerley Art, die gegen den Schuldner anderwärts anhängig sind, und ohne Unterschied ob sie vor den Gerichten desselben Territoriums, worin sich das Concurs-Gericht befindet, oder eines andern obschweben, erstrecken müsse. [q]) Indess fehlt es auch nicht an bewährten Rechtslehrern, welche diesen Satz als viel zu allgemein auf mancherley Art einschränken. So z. B. nimmt *Ludovici* [r]) davon diejenigen bey andern Gerichten obschwebenden Prozesse aus, bey welchen der Schuldner als Kläger aufgetreten ist. So schränkt *Just. Henning Böhmer* [s]) diese anziehende Kraft bloss auf diejenigen Klagen ein, welche gegen den Schuldner vor andern Gerichten anhängig sind und Befriedigung aus dessen Vermögen betreffen. So endlich schliessen *Johann Friedrich Wahl*, [t]) *Christian Gmelin*, [u]) und *Johann August Reichardt* [v]) von dieser anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts alle Prozesse aus, welche gegen den Schuldner vor den Gerichten eines andern Territoriums anhängig sind, indem hier wegen der besondern Deutschen Staatsverfassung die Römischen Grundsätze von der *Continentia caussarum*, (woraus man vorzüglich die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts vertheidigt,) wegfallen müssten; welchen auch *Clapproth* [w]) beypflichtet, aber ausserdem auch noch in Ansehung der in demselben Lande, wo sich das Concurs Gericht befindet, gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in sehr enge Grenzen zurück führt. „In

q) *Salgado de Samoza*, in *Labyrintho creditorum concurrentium*, P. 1, C. 3 seq.; *Brunnemann*, *de processu concursus creditorum cum notis Stryckii*, §. 8; *Joh. August Hellfeld*, in *Iurispr. forensi*, §. 1812; *I. G. Schaumburg*, *l. c.*, §. 2; *Q. S. P Rivinus de exception. dilator.*, O. 18, No. 5 und 6; *Friedr. Esaias a Puffendorf*, *Observat. iuris. universi*, T. 1, Obs. 217; *Sam. Stryck*, *Usus modernus Pandectar.*, L. 2, P. 2.

r) *Einleitung zum Concurs-Prozesse*, Kap. 1, §. 4 folg.

s) In *Introduct. in ius. digestor.*, L. 42, T. 5, §. 17.

t) D. *de iudice in concursu creditorum competente*, Götting 1750, §. 29.

u) In der *Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger*, §. 21.

v) In D. *de effectu fori concursus creditorum universalis ratione bonorum territorii alieni*, Ien. 1775.

w) *Vom Concurs-Prozesse*, S. 22.

„Anſehung der Rechtshängigkeit“, (ſchreibt dieſer Rechtslehrer,) „ziehet der „erregte Concurs alle andere das Concurs-Weſen betreffende Rechtsſtreitigkei- „ten, ob ſie gleich bey andern Gerichten in demſelben Lande anhängig, „und vielleicht ſchon entſchieden ſind, an ſich. Andere Rechtsſtreitigkeiten, wel- „che entweder bloſs perſönliche Leiſtungen betreffen, (*Obligationes perſonaliſ- „ſimas,*) oder wodurch Güter oder Gerechtſamen mit dinglichen Klagen in An- „ſpruch genommen ſind, alle Forderungen, welche der Schuldner einzuklagen „angefangen hat, bleiben bey dem Gerichte, wo ſie anhängig ſind.“

Wieſe x) läugnet die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der anderwärts anhängigen Prozeſſe ganz, und behauptet, daſs ſolche ſich weder aus den Geſetzen noch aus der Natur der Sache vertheidigen laſſe, ſondern die gegen den Schuldner bey dem Eintritte des Concurſes anderwärts anhängigen Prozeſſe dort fortgeſetzt und entſchieden, und nur zum Zwecke der Execution alsdann *ad forum concurſus* remittirt werden müſsten, wenn das Erkenntniſs Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordere, folglich nur in dieſer beſondern Rückſicht der Satz, daſs das Concurs-Gericht die anders wo anhängigen Prozeſſe gegen den Schuldner an ſich ziehe, gelten könne. — Wir wollen die Gründe für und wider die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts ausführlich prüfen.

Der Hauptgrund, deſſen ſich die Rechtslehrer, welche die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung aller gegen den Schuldner bey andern Gerichten anhängigen Rechtsſachen vertheidigen, bedienen, iſt dieſer: Durch den Concurs, ſagen ſie, wird eine Connexität unter allen den Schuldner betreffenden Rechtsſachen hervor gebracht. Da nun die Geſetze verordnen, daſs überhaupt *Cauſſae connexae* nicht getheilt, ſondern vor einem und eben demſelben Gerichte vorgenommen und zu Ende gebracht werden ſollen; ſo iſt nichts natürlicher, als daſs auch hier beym Concurſe, wo eine allge-

x) In der D. *de concurſu creditorum lites alibi pendentes non turbante*, Roſt. 1789. Zweifel gegen die Richtigkeit des gemeinen Lehrſatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der gegen den Schuldner bey andern Gerichten anhängigen Prozeſſe finden ſich auch ſchon in der oben angeführten Reichardtſchen Diſſertation, und nur das Thema der Abhandlung ſchränkte ihre weitere Ausführung auf ſich ein.

meine Connexität zwischen allen den Schuldner betreffenden Angelegenheiten entstanden ist, die gegen den Schuldner vor andern Gerichten obschwebenden Rechtssachen von dem Concurs-Gerichte, als mit den vor demselben anhängigen und dahin gehörigen Angelegenheiten, zur Untersuchung und Entscheidung an sich gezogen werden müssen.

Ausserdem bedient man sich noch anderer Gründe zur Vertheidigung dieser anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wovon die vorzüglichsten diese sind: 1. Beym Concurse gehe das ganze Vermögen des Schuldners, mit Einschluss aller demselben zuständigen Gerechtsamen, auf die Gläubiger über. Aus dieser Translation entstünde ein *Iudicium universale*, welches zur Folge habe, dass alle gegen den Schuldner vor andern Gerichten obschwebende Rechtssachen von dem Concurs-Gerichte an sich gezogen werden könnten. 2. Der Endzweck beym ganzen Concurs-Wesen gehe dahin, dass das schuldnerische Vermögen unter die Gläubiger, nach der durch Gesetze oder den Gerichtsbrauch bestimmten Ordnung, unter die Gläubiger vertheilt werde. Dies könne nun aber nicht anders geschehen, als wenn alle Gläubiger vor dem Concurs-Gerichte ihre Ansprüche anbrächten, und den Vorzug und die Erstigkeit derselben darthäten, indem es ja sonst dem Concurs-Gerichte nicht möglich sey, seine Obliegenheiten zu erfüllen, und die Gläubiger so zu classificiren, als sie doch classificirt werden müssten. Wollte man nun behaupten, dass jeder gegen den Schuldner bey andern Gerichten anhängige Prozess nach entstandenem Concurse dort fortgesetzt und zu Ende gebracht werden könnte, so würde es sich leicht ereignen, dass, wegen der Unbekanntschaft mit den Rechten und Vorzügen der Gläubiger, ein schlechter Gläubiger dem noch so sehr bevorzügten Gläubiger vorgezogen würde, welches doch die Gesetze missbilligten. Ich übergehe eine Menge anderer Gründe, welche von einigen Vertheidigern der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts für dieselbe noch angeführt werden, [y]) weil sie gar nicht einmahl zur Sache passen, mit Stillschweigen, und eben so verschiedene Gesetze, [z]) die man zur Unterstützung dieses Lehrsatzes anführt, weil sie gleichsam mit den Haaren herbey gezogen sind, zu viel, und eben darum gar nichts beweisen.

y) Man sehe die oben angeführte Dissertation von *Wiese*, §. 8—10, wo eine Menge solcher nichts bedeutender Gründe gesammelt ist.

z) Z. B. L. 61 D. *de iudiciis;* L. 12 D. *de reb. auctor. iudic. possidend.*

Aber, wenn man nun den gemeinen Lehrſatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der gegen den Schuldner bey andern Gerichten anhängigen Rechtsſachen annimmt; wie kommen denn nun dieſe an das Concurs-Gericht? — Fallen ſie demſelben *ipſo iure* anheim, oder muſs daſſelbe Handlungen unternehmen, wodurch es das weitere Verfahren der Gerichte, vor welchen ſie anhängig ſind, ſtört, und ſie an ſich zieht? Ueber dieſen Punct iſt man keinesweges einig. *Leyſer* a) glaubt: Schon die von dem Concurs-Gerichte erlaſſene Edictal-Citation bewirke es, daſs alle vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängige Prozeſſe ſiſtirt würden und an das Concurs-Gericht abgegeben werden müſsten. *Sufficit*, (ſagt er,) *ſola edictalis citatio ad omnes creditores directa. Haec omnes confeſtim alios proceſſus ſiſtit, efficitque, ut quidquid poſtea in aliis iudiciis actum fuit, nullum ſit.* Hingegen behaupten andere Rechtsgelehrte, b) daſs der Edictal-Citation eine ſolche Wirkung nicht beygelegt werden könne, ſondern der Concurs-Richter die bey andern Gerichten gegen den Schuldner rechtshängigen Sachen entweder geradezu, oder durch Requiſitorial-Schreiben abrufen müſſe, welche alsdann dieſe zu reſpectiren verbunden wären. Man geſteht alſo dem Concurs-Gerichte, wenn nicht immer directe, doch wenigſtens indirecte das Recht zu, andern Gerichten das weitere Verfahren in den bey ihnen anhängigen Rechtsſachen gegen den Schuldner zu inhibiren und ſolche zu avociren.

Prüft man die Gründe, welche die Vertheidiger der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Rechtsſachen für ihre Behauptung anführen, mit der der Wichtigkeit dieſer Materie ſchuldigen Aufmerkſamkeit, ſo findet es ſich bald, daſs ſie nicht ſtark genug ſind, um ſolche zu erweiſen. Um dieſe unſre Behauptung recht einleuchtend zu machen, wollen wir einzeln die Gründe durchgehen, deren man ſich zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts bedient, und ſie einer ſtrengen Beurtheilung unterwerfen, und mit dem erſtern, nämlich dem Haupt-Argumente, den Anfang machen.

Das Haupt-Argument der Vertheidiger der anziehenden Kraft des Concurſes in der mehrerwähnten Rückſicht iſt, wie ich oben gezeigt habe, von der *Con-*

a) In *Medit. ad Pandect.*, Spec. 478, Med. 9. *Ludovici*, *Einleitung zum Concurs-Prozeſſe*, Kap. 1, §. 4.

b) *Salgado de Samoza*, *l. c.*, Cap. 5;

nexitate caussarum hergenommen, welche unter den den Schuldner betreffenden Rechtsſachen durch den Concurs hervor gebracht wird. Die Prüfung dieſes Arguments ſetzt eine genaue Bekanntſchaft mit dem, was man unter *Connexitas caussarum* überhaupt verſteht, und den von *Caussis connexis* geltenden Grundſätzen voraus, worauf es beruht, und daher wird es nöthig ſeyn, theils zur mehrern Deutlichkeit, theils zur Erleichterung des uns obliegenden Beweiſes, davon das Weſentlichſte vorauf gehen zu laſſen.

Unter *Caussis connexis* verſteht man mehrere Rechtsſachen, welche mit einander in ſolcher Verbindung ſtehen, daſs von der Entſcheidung der einen die Entſcheidung der andern abhängt, oder wenigſtens dadurch erleichtert wird. [c]) *Hellfeld* [d]) führt von ſolchen *Caussis connexis* verſchiedene Fälle an, mehrere aber findet man bey Carrach in der D. *de foro continentiae caussarum ex connexitate ad L.* 10 *C. de iudiciis*, Halae 1751, welcher überhaupt dieſe Materie ſehr ausführlich erläutert hat. Es iſt ein allgemeiner Lehrſatz der Juriſten, daſs, wenn unter mehrern Rechtsſachen eine Connexität vorhanden iſt, oder ſolche als *Caussae connexae* betrachtet werden können, ſie nicht bey mehrern Gerichten anhängig gemacht werden dürfen, ſondern bey einem und eben demſelben Richter verhandelt werden müſſen, woraus denn der Begriff des *Fori continentiae caussarum ex connexitate* ſich gebildet hat. [e]) Zur Begründung dieſes Lehrſatzes führt man auſser andern Geſetzſtellen, die aber entweder gar nicht zur Sache gehören oder doch äuſserſt dunkel ſind, [f]) die *L.* 10 *C. de iudiciis* an, woraus man auch überhaupt die Lehre von der *Continentia caussarum* vorzüglich ableitet, [g]) und wo es heiſst: *Nulli prorsus audientia praebeatur, qui caussae*

c) Georg Ludw. Böhmer *Princip. iur. canon.*, §. 737.

d) In *Iurisprudent. forens.*, §. 752.

e) Siehe Carrach *a. a. O.*

f) Z. B. *L.* 54 *D. de iudiciis*, wo es heiſst: *Per minorem caussam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet; maior enim quaestio minorem caussam ad se trahit.* Das Geſetz iſt eines Theils dunkel, indem nicht beſtimmt iſt, was unter *Caussa minor* und was unter *Caussa maior* hier verſtanden werde; und läſst es eine Interpretation zu, ſo würde es doch nur von dem Verhältniſſe eines Incident-Puncts zur Hauptſache zu verſtehen ſeyn, mithin keinesweges darauf der Lehrſatz von dem *Foro continentiae caussarum ex connexitate* allgemein begründet werden können.

g) Vergleiche Achatius Ludwig Carl Schmidt *de generibus continentiae caussarum*

continentiam dividet, et ex beneficii praerogativa, id quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos iudices voluerit ventilare; poena ex officio iudicis imminente ei, qui contra hanc supplicaverit sanctionem, atque alium super possessione, alium super principali quaestione iudicem postulaverit. Die *Lex* ist aus dem *Codex Theodosianus*, jedoch mit einiger Abänderung, h) entlehnt, und der Urheber desselben ist, wie die Ueberschrift lehrt, der Kaiser *Constantin* der Grosse, welcher diese Verordnung an den *Achilius Severus*, den *Praefectus urbi*, erliess. i) Es wird nöthig seyn, ganz kurz zu untersuchen, ob jener Lehrsatz von der *Connexitate caussarum* aus diesem Gesetze überhaupt erhellt, zumahl da es nicht an angesehenen Rechtslehrern fehlt, die solches gänzlich läugnen, und behaupten, dass sich die Verordnung dieses Gesetzes bloss darauf einschränke, dass, wenn eine Sache im *Possessorio* bey einem Richter angebracht und entschieden ist, sie nun im *Petitorio* nicht an einen andern gebracht und von demselben entschieden werden dürfe, sondern bey dem Richter, welcher in *Possessorio* gesprochen hat, auch im *Petitorio* verbleiben müsse, weil dieser wegen der durch die vorige Entscheidung erlangte Kenntniss in der Sache auch im *Petitorio* am besten und richtigsten zu entscheiden im Stande wäre. k) Denn ist dieses nicht der Fall, so fällt das Haupt-Argument von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in der oft erwähnten Rücksicht schon

genuinis, Ienae 1754; *Io. Aug. Bach de caussis coniunctis eorumque foro competente*, Lipsiae 1754, und in seinen *Opuscul.*, No. VII; *Ioach. Christ. Eric. Springer de caussae continentia germanica, quatenus distat a Romana*, Monast. 1770.

h) Diese Abänderung betrifft die den Uebertretern dieses Gesetzes angedrohete Strafe, die im *Codex Theodosianus* bestimmt, hier aber der Willkühr des Richters überlassen ist. Vergleiche die *L.* 2 *Cod. Theodos. de iudiciis.*

i) *Carrach*, in der D. *de foro continentiae caussarum ex identitate ad L.* 10 *C. de iudiciis*, Halae 1750, §. 5, glaubt, dass dieses Gesetz hauptsächlich zum Endzwecke habe, die Gewalt und das Ansehen des *Praefectus urbi* zu vermehren, der sonst ausserhalb der ihm angewiesenen Grenzen, nach der *L.* 1, §. 3 *in fin. D. de officio praefect. urbi*, keine Gewalt hatte, zumahl da in andern Gesetzen, z. B. *Nov.* 62, §. 2; *L.* 4 *D. de offic. praef. vigil.*, viel von dem Ansehen und der Würde dieser Präfectur gesprochen werde. Allein, wie ich glaube, so widerspricht schon der Inhalt des Gesetzes dieser Conjectur von selbst zu sehr, als dass sie widerlegt zu werden verdiente.

k) *Reichardt* in der oben angeführten Dissertation, §. 4; *Bach l. c.*, §. 14. Auch in dem canonischen Rechte, *C.* 1 *X. de causs. possess. et propriet.*, scheint das Gesetz so verstanden zu seyn.

von selbst dahin, weil es sich auf diesen allgemeinen Lehrsatz von den *Caussis connexis* begründet.

Der Rechtsgelehrte soll bey Erklärung eines Gesetzes immer mit dem Wortverstande desselben den Anfang machen, und hernach erst auf die wahre Absicht und Willensmeinung des Gesetzgebers Rücksicht nehmen; — ein Satz, den nicht nur die Schule lehrt, sondern der auch mehr als Ein Mahl in den Gesetzen selbst empfohlen wird. l) Diesem zufolge werden wir uns zuvörderst mit dem Wortverstande jenes merkwürdigen Gesetzes, so wie es vor uns liegt, indem wir keinen Grund zur Emendation des Textes absehen, befassen, und hernach den wahren Sinn desselben auszuforschen uns angelegen seyn lassen.

Das Gesetz verordnet, 1. dass niemanden Gehör gegeben werden soll, welcher *caussae continentiam* theilt und *ex beneficii praerogativa* dasjenige, was in einem und eben demselben Gerichte füglich abgemacht werden kann, an mehrere Richter bringen will. Diese Verordnung des Gesetzes ist, wenn man sich an den Wortverstand genau anschliesst, generell. Die Worte des Gesetzes: *ex beneficii praerogativa*, zeigen an, dass auch unter keinem Vorwande eines Privilegiums m) die Theilung einer *Continentiae caussae* Statt finden soll. Was heisst aber hier *caussae continentia?* Sind es mehrere Rechtssachen, die mit einander in solcher Verbindung stehen, dass von der Entscheidung der einen Sache die Entscheidung der andern abhängt oder dadurch erleichtert wird? *Carrach* n) und andere Rechtslehrer, welche aus diesem Gesetze den oben angeführten Lehrsatz von der *Connexitate caussarum* beweisen wollen, behaupten dies zwar, allein ich muss gestehen, dass mir die Sache im mindesten nicht so vorkommt. Der Gesetzgeber redet hier offenbar nicht von mehrern Rechtssa-

l) Siehe *Glück Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Th 1, §. 35.

m) Dass hier unter *beneficii praerogativa* ein *Privilegium fori specialis* zu verstehen sey, scheint mir ganz unumstösslich gewiss zu seyn, obgleich *Carrach*, in der D. *de foro continentiae causs. ex ident. ad L. 10 C. de iudic.*, p. 15, davon nichts wissen will, sondern darunter ein *praecipuum privilegio Caesaris indultum* versteht, das ich mir aber hier gar nicht zu erklären weiss. — Aller Wahrscheinlichkeit nach gab ein solcher Umstand zu dieser Verordnung Veranlassung, die gar eigentlich nichts Neues enthält, sondern nur ältere dunkle Grundsätze näher bestimmt, oder vielmehr aufklärt.

n) *A. a. O.*, S. 13.

chen, ſondern bloſs von **einer einzigen**, denn ſonſt hätte es *cauſſarum continentiam*, und nicht *cauſſae continentiam* heiſsen müſſen. Sieht man hierbey auf die Bedeutungen der Wörter: *continens*, *continentia*, welche in andern Geſetzſtellen des Römiſchen Geſetzbuches vorkommen; o) ſo klärt ſich die Sache noch mehr auf, und leuchtet es aus allem hervor, daſs hier mit dem Worte: *cauſſa*, nur eine einzige Rechtsſache gemeint iſt, die aber mehrere Fragen oder Puncte, die bey der Erörterung derſelben entſtehen oder zur Sprache kommen, in ſich begreift. Nach dem Wortverſtande des Geſetzes alſo verordnet daſſelbe, daſs eine ſolche Sache, wenn ſie einmahl vor einem Richter angebracht und von demſelben eine dahin gehörige Frage entſchieden iſt, nun nicht eine ebenfalls zur Sache gehörige andere Frage oder ein ſonſt mit ihr in Verbindung ſtehender Punct an einen andern Richter gebracht, und von dieſem die Entſcheidung begehrt werden ſoll, weil ſich füglich das Ganze bey einem Richter beendigen laſſe. Noch einleuchtender wird dieſe Erklärung, wenn wir auf die folgenden Worte des Geſetzes Rückſicht nehmen. Es heiſst ferner 2. in dem Geſetze, daſs derjenige eine Strafe von dem Richter zu befürchten haben ſoll, der ſich gegen dieſe Verordnung auflegt, (oder einkommt,) und einen andern Richter wegen des Beſitzes und einen andern wegen der Hauptſache fordern würde. Lieſet man das Geſetz ohne alle Rückſicht auf die Verbindung der Worte mit einander, ſo liegt eine offenbare Ungereimtheit darin, indem zuerſt generell von der Theilung der *cauſſae continentiae* geſprochen und ſolche verboten, hernach aber dieſes Verbot auf die Trennung des Poſſeſſoriums und der Hauptſache, oder des Petitoriums, eingeſchränkt wird. Allein man betrachte nur den ganzen Bau der Rede, ſo leuchtet es den Augenblick ein, daſs von dem Poſſeſſorium und Petitorium hier nur als Beyſpiel geſprochen wird, übrigens es aber bey der generellen Anordnung des Geſetzes verbleibt. Und wahrlich konnte auch kein beſſeres Beyſpiel von dem Kaiſer gewählt werden, als dieſes, weil es eines Theils am häufigſten vorkommt, andern

o) *L. 2 D. de v. ſ. L. 139 D. eod. L. 154 D. eod.* Am meiſten rechtfertigt wohl meine Erklärung *L. 99, §. 1 D. de verb. ſignif.*, wo es heiſst: *Continentes provincias accipere debemus eas, quae Italiae iunctae ſunt; ut puta Galliam: ſed et provinciam Siciliam magis inter continentes accipere nos oportet, quae modico freto Italia dividitur.* Sonſt bemerkt auch Erneſti in *Clave Cicer.*, *voce: Contin.* daſs bey den Römern continentia genannt wurden, *quorum fines inter ſe confunduntur, ut, ubi unum terminetur, coeptum ſit alterum.*

Theils aber die oben vorkommende ſo generelle Verordnung näher beſtimmt, und mit dem bekannt macht, was eigentlich der Kaiſer unter *Continentia cauſſae* hat verſtehen wollen; denn wirklich unterſtellt das Beyſpiel, deſſen ſich der Kaiſer hier bedient, eine und eben dieſelbe Rechtsſache, die nur mehrere Fragen oder Puncte, die zu entſcheiden ſind, in ſich faſst. Nach dem wahren Wortverſtande des Geſetzes alſo ſoll eine Sache, die mehrere Fragen oder Puncte in ſich begreift, in ihrem ganzen Umfange vor einem und eben demſelben Richter, bey welchem ſie einmahl anhängig geworden iſt, entſchieden, und nicht einzelne zu derſelben gehörige Fragen oder mit derſelben verwandte Puncte vor mehrere Richter gezogen werden.

So weit von dem Wortverſtande der *L. 10 C. de iudiciis;* jetzt zur logiſchen Erklärung derſelben. Daſs die Verordnung dieſes Geſetzes nicht bloſs auf das Poſſeſſorium und die Hauptſache eingeſchränkt werden kann, ſondern auf alle zu einer und eben derſelben Rechtsſache gehörige Fragen und dabey vorkommende Puncte gezogen werden müſſe, leuchtet, meinem Bedünken nach, aus allem hervor. Der Imperator verbietet generell, *cauſſae continentiam* zu theilen, und führt nur als Erläuterung ſeiner Verordnung das Poſſeſſorium und Petitorium als den gewöhnlichſten Fall, und um ſich mehr zu verdeutlichen, an. Unterſuchen wir, wie es ſich bey der logiſchen Erklärung gebührt, die Abſicht und den Beweggrund des Geſetzgebers, ſo bleibt nicht der mindeſte Zweifel übrig, daſs dieſes der richtige Sinn des Geſetzes ſey, welchen auch ſchon, wie ich vorhin, (S. 728,) dargethan habe, der Wortverſtand an die Hand giebt. Der Beweggrund des Geſetzgebers bey dieſer Verordnung iſt kein anderer als dieſer, damit durch die Verſchleppung ſolcher bey einer Rechtsſache vorkommenden Fragen und dabey ſich ereignenden ſtreitigen Puncte vor mehrere Richterſtühle keine ungereimten Entſcheidungen entſtehen; ferner die Beendigung der ganzen Streitſache ohne Noth nicht aufgehalten werden möge; und endlich, weil der Richter, vor dem einmahl die Sache anhängig geworden iſt, nun auch über alle dabey vorkommende und mit derſelben zuſammen hängende Puncte füglicher zu entſcheiden im Stande iſt, als ein fremder Richter, der ganz mit der Lage der Sache unbekannt war. p)

p) *Reichardt a. a. O.*, §. 6.

Ist dies der richtige Sinn des Gesetzes, so fragt es sich denn nun weiter: Ist das Gesetz wohl füglich so ausgedehnt zu interpretiren, als es gemeinhin interpretirt wird, und läfst sich daraus wohl erweisen, dafs alle Rechtssachen, die man nach dem oben angegebenen Begriffe zu den *Caussis connexis* rechnen kann, von einem und eben demselben Richter erörtert und entschieden werden müssen? Ich zweifle sehr, dafs dies der Sinn des Gesetzgebers sey, der wohlbedächtig seine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache und die dahin einschlagenden Fragen und Puncte einschränkte, und der sonst mit leichter Mühe solche weit allgemeiner würde haben fassen können. Ich zweifle sehr, dafs sich das Princip von dem *Foro continentiae caussarum ex connexitate* aus diesem Gesetze erweisen lasse. Und andere Gesetze, die man zum Beweise anzieht, q) besagen nichts mehr und nichts weniger als die *L. 10 C. de iudiciis.*

Aber wenn wir auch den Grundsatz von dem *Foro continentiae caussarum ex connexitate* als richtig aufstellen, und annehmen, dafs *Caussae connexae*, nach dem oben davon gegebenen Begriffe, nicht getheilt werden dürfen, sondern vor einen und eben denselben Richter gebracht und dort verhandelt werden müssen, so läfst sich doch daraus die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der vor andern Gerichten obschwebenden Prozesse gegen den Schuldner nicht vertheidigen. Ich habe zwar oben behauptet, dafs durch den Concurs unter den Anforderungen der Gläubiger an den Schuldner eine Connexität hervor gebracht werde; allein ich läugne durchaus, dafs diese Connexität 1. unter allen den Schuldner betreffenden Rechtssachen hervor gebracht werde, sondern blofs unter denjenigen, die auf Befriedigung aus seinem Vermögen abzwecken, und dann auch 2. dafs die unter den gegen ihn anhängigen Rechtssachen der letztern Art vorhandene Connexität von der Beschaffenheit sey, dafs sie, vermöge einer ausdehnenden Erklärung der *L. 10 C. de iudic.* und anderer Gesetzstellen, die alleinige Competenz des Concurs-Gerichts als eines *Fori continentiae caussarum ex connexitate* begründen kann; denn der oben gegebene Begriff von *Caussis connexis*, wodurch nur das *Forum continentiae caussarum* begründet werden kann, pafst offenbar nicht auf den vorliegenden Fall. Zwischen den beym Concurs-

q) *L. 54 D. de iudic.*

Gerichte anhängigen Rechtsſachen gegen den Schuldner und den bey andern Gerichten gegen ihn obſchwebenden Prozeſſen, welche nicht Genugthuung aus ſeinem Vermögen zum Gegenſtande haben, läſst ſich eine ſolche Connexität gar nicht denken, r) und auch ſelbſt zwiſchen denjenigen, welche dieſe Genugthuung betreffen, und den beym Concurs-Gerichte anhängigen, iſt keine ſolche Connexität vorhanden, die das Concurs-Gericht als *Forum continentiae cauſſarum ex connexitate* begründen, und die anziehende Kraft deſſelben in der mehrgedachten Rückſicht rechtfertigen könnte; denn der Begriff von *Cauſſis connexis* ſetzt immer nach der gemeinen Lehre mehrere Rechtsſachen voraus, die in einer ſolchen Verbindung mit einander ſtehen, daſs die eine ohne die andere entweder gar nicht entſchieden werden kann, oder doch wenigſtens durch die Entſcheidung der einen die Entſcheidung der andern erleichtert wird. Wie trifft aber alles dieſes in dem vorliegenden Falle zu? Die Forderung, welche ein Gläubiger an den Schuldner macht, iſt von der eines andern Gläubigers ja meiſten Theils himmelweit verſchieden; und wenn nun auch die Forderungen mehrerer Gläubiger aus einem und demſelben Grunde herrührten, ſtehen ſie denn darum ſchon mit einander in Verbindung, — in einer ſolchen Verbindung, die ſie zu *Cauſſis connexis* machte? — Und auch durch den Concurs werden ſie ja nicht dazu gemacht. Zwar bringt der Concurs unter den Anforderungen der Gläubiger eine Connexität hervor, aber dieſe Connexität betrifft weiter nichts, als die wirkliche Abhelfung der gläubigeriſchen Anſprüche an den Schuldner, in ſo fern dieſe die Befriedigung aus ſeinem Vermögen zum Gegenſtande haben. Sie bewirkt bloſs, daſs die Forderung eines Gläubigers nicht eher befriedigt werden kann, als bis der Richter die Ordnung beſtimmt hat, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen ſoll. Aber was hat ſie, dieſe, durch den Concurs entſtandene, Connexität, für einen Einfluſs auf die Anſprüche der Gläubiger ſelbſt, in ſo fern von deren Berichtigung und Erörterung die Rede iſt, zumahl da ſie nur eigentlich ſchon berichtigte Anſprüche der Gläubiger voraus ſetzt, auf deren wirkliche Befriedigung es nur jetzt ankommt?

r) Z. B.: wenn der Schuldner in *Foro contractus* wegen der Leiſtung eines verſprochenen Factums belangt wäre.

Aber noch mehr! Wollte man auch die Rechtsſachen, welche vor andern Gerichten gegen den Schuldner, zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, anhängig ſind und auf Befriedigung aus deſſen Vermögen gehen, mit denjenigen, die vor dem Concurs-Gerichte obſchweben, als connex anſehen, wie ſie doch nicht, nach den von mir angegebenen Gründen, angenommen werden können; ſo würde ſich doch daraus nicht die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung ihrer erweiſen laſſen: denn alle Geſetze, die man zum Erweiſe des Princips von dem *Foro continentiae cauſſarum ex connexitate* aufbringt, ſetzen, in ſo fern ſie ſolches erweiſen, immer a. eine bereits irgend wo anhängige Rechtsſache, und b. einen dazu gehörigen oder damit in Verbindung ſtehenden Punct voraus, der nun auch urgirt werden ſoll, aber noch nicht urgirt oder bereits anhängig gemacht iſt, und eben dieſen Grundſatz befolgt auch die Schule der Rechtsgelehrten bey der ausdehnenden Erklärung dieſer Geſetze. Wollte man alſo annehmen, daſs alle den Schuldner betreffende Rechtsſachen, welche auf Befriedigung aus ſeinem Vermögen gehen, als mit denen, welche beym Concurs-Gerichte bereits anhängig ſind, connex, ebenfalls vor das Concurs-Gericht gehörten, und dort zur Erörterung und Entſcheidung angebracht werden müſsten; ſo würde doch ſolches, nach dem allgemein anerkannten Princip von *Cauſſis connexis*, nur bloſs von den erſt nach entſtandenem Concurſe gegen den Schuldner anzubringenden Klagen zu verſtehen ſeyn, nicht aber auf die bereits ſchon anhängigen Rechtsſachen gezogen werden können, unter welchen und den vor dem Concurs-Gerichte anhängigen vor ausgebrochenem Concurſe, nach dieſen unterſtellten Grundſätzen, noch keine Connexität vorhanden war, ſondern ſolche erſt hernach durch den Ausbruch des Concurſes hervor gebracht wurde. Auf allen Fall läſst alſo die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man von dem *Principio fori competentiae ex connexitate cauſſarum* beym Concurſe Anwendung machen, — wenn man die vor dem Concurs-Gerichte gegen den Schuldner anhängigen Rechtsſachen, die auf Befriedigung aus deſſen Vermögen abzwecken, mit andern, die ebenfalls ſolche zum Gegenſtande haben, als connex anſehen und ſie daher an das Concurs-Gericht verweiſen will, nur in Anſehung der gegen den Schuldner nach entſtandenem Concurſe erſt anzubringenden Anſtellungen, nicht aber in Anſehung der ſchon angebrachten und bey andern Gerichten bereits obſchwe-

benden Rechtsſachen behaupten, obgleich ihr auch hier noch manches entgegen geſetzt werden könnte. [s])

Alles, was ſich aus dem Princip von der Connexität, welche der Concurs unter den Angelegenheiten der Gläubiger hervor bringt, für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Rechtsſachen ſagen, oder vielmehr nach richtigen Grundſätzen ableiten läſst, beſteht darin, daſs ſolche, wenn ſie zuvörderſt in dem Gerichte, wo ſie anhängig waren, erörtert und entſchieden ſind, nunmehr zur Execution der Sentenz an das Concurs-Gericht verwieſen werden müſſen, und in dieſer Rückſicht von demſelben an ſich gezogen werden können. Hier aber begründet ſich dieſe anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man es ſo nennen will, keinesweges auf eine eingebildete unter den Rechtsſachen ſelbſt, durch den Concurs entſtandene Connexität, ſondern bloſs auf eine unter allen Anſprüchen der Gläubiger vorhandene Connexität, in ſo fern von der wirklichen Befriedigung derſelben aus dem ſchuldneriſchen Vermögen die Rede iſt, die nunmehr nach Beendigung der Streitſache, wegen des eingetretenen Concurſes, nicht bey dem Richter, vor welchem der Rechtsſtreit iſt geführt worden, ſondern bey dem Concurs-Richter nachgeſucht werden muſs, weil dieſer das ſchuldneriſche Vermögen in der durch die Geſetze und den Gerichtsbrauch feſt geſetzten Ordnung unter die Gläubiger vertheilt.

s) Was man auch dieſem entgegen ſetzen könnte, würde nichts mehr und auch nichts weniger ſeyn, als was man allgemein dem von der *Connexitate cauſſarum*, die hier nicht vorhanden iſt, zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts hergenommenen Grunde entgegen ſetzen kann, und wovon ich ſelbſt Gebrauch gemacht habe. Man könnte einwenden: dies ſey offenbar ungereimt, da die Edictal-Citation ja die Gläubiger zwinge, ihre Forderungen gegen den Schuldner beym Concurs-Gerichte anzubringen, wenn ſie etwa bey dem Concurs Weſen auf ſich Rückſicht genommen wiſſen wollen; allein ich glaube doch, daſs meine Behauptung nicht ſo ungereimt iſt, als ſie beym erſten Anblicke zu ſeyn ſcheint. Die Edictal-Citation zwingt bloſs die Gläubiger, ihre Forderungen dem Concurs-Gerichte bekannt zu machen und deren Richtigkeit darzuthun, nicht aber dazu, ihre Anſprüche vermittelſt einer Klage dort anzubringen und ſie dem Concurs-Gerichte zur Entſcheidung zu überlaſſen, da dieſes nur dahin zu ſehen hat, ob dieſe Anſprüche gegründet ſind und was die andern Gläubiger dagegen einzuwenden haben, und dann, in welcher Ordnung ſie befriedigt werden müſſen.

So weit von dem ersten, oder dem Hauptgrunde, dessen man sich zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in der oft erwähnten Rücksicht bedient, und der, wie wir gesehen haben, nichts beweiset. Jetzt zur Prüfung der andern vorzüglichen Gründe, die man für dieselbe gemeinhin anzuführen pflegt, und welche ich oben angemerkt habe.

Was den ersten dieser Gründe betrifft, so unterstellt derselbe die Universal-Succession der Gläubiger beym Concurse, indem er voraus setzt, dass das ganze Vermögen des Schuldners, mit Einschluss aller demselben zuständigen Gerechtsamen, auf die Gläubiger übergehe. Er beweiset daher im mindesten nichts, indem er auf einen falschen Satz gebauet ist. Ich habe oben ausführlich erwiesen, dass die Universal-Succession der Gläubiger beym Concurse ein Unding ist, und glaube daher nicht nöthig zu haben, die dort ausgeführten Gründe hier zu wiederhohlen. Ich will nur solches hier zu meiner Entschuldigung anführen, wenn ich dieses Argument ganz mit Stillschweigen übergehe und mich auf keine Widerlegung desselben einlasse; denn wenn der Grund falsch ist, worauf es gebauet ist, so braucht man wohl nicht erst zu beweisen, dass es dem Argumente selbst an Richtigkeit mangelt.

Wichtiger ist, oder scheint vielmehr zu seyn, das zweyte Argument, welches man für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts anführt. Allein auch dieses reicht nicht zu, um selbige zu erweisen. Ich gebe gern zu, dass der Endzweck und die Absicht beym ganzen Concurs-Wesen dahin gehen, dass das schuldnerische Vermögen, nach der durch die Gesetze und den Gerichtsbrauch bestimmten Ordnung, unter die Gläubiger vertheilt werde; ich gebe ferner zu, dass dieses nicht füglich anders bewerkstelligt werden könne, als wenn alle Gläubiger vor dem Concurs-Gerichte ihre Ansprüche anbringen, und den Vorzug und die Erstigkeit derselben darthun, weil sonst der Concurs-Richter sie unmöglich so classificiren kann, als sie classificirt werden müssen; ich gebe endlich auch zu, dass, wenn ein jeder bey andern Gerichten gegen den Schuldner obschwebende Prozess, — jedoch nur in so fern als er Genugthuung aus dessen Vermögen zum Gegenstande hat, dort ganz zu Ende gebracht werden sollte, dadurch sehr leicht eine Kränkung der Rechte der übrigen Gläubiger entstehen könnte, und daher solches nicht geschehen dürfe: — aber beweiset alles dieses die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung aller vor andern Gerichten gegen den

Schuldner obschwebenden Prozesse? Ich glaube nicht, und will mich bemühen, diesen meinen Unglauben, so gut ich kann, durch Gründe zu unterstützen.

Zuvörderst will ich nur in Erinnerung bringen, dass dieses Argument im mindesten nicht auf die gegen den Schuldner anderwärts anhängigen Rechtssachen passt, welche nicht Befriedigung aus seinem Vermögen betreffen, mithin nicht als ein allgemeines Argument für die anziehende Kraft des Concurses in der hier unterstellten Rücksicht gebraucht werden kann. Aber auch in Ansehung derjenigen Rechtssachen, welche Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners betreffen, greift es nicht durch, und rechtfertigt nicht die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung derselben. Denn so ist es Ein Mahl unrichtig, dass der Concurs-Richter nicht über den Vorzug und die Erstigkeit der gläubigerischen Ansprüche anders entscheiden könne, als wenn alle Rechtssachen, die auf Befriedigung aus dem schuldnerischen Vermögen gehen, vor das Concurs-Gericht gebracht und dort erörtert werden. Muss denn sogleich nach ausgebrochenem Concurse das Erkenntniss über die Ordnung, worin die Gläubiger zu befriedigen sind, erfolgen, und lehrt nicht vielmehr die Erfahrung das Gegentheil? Es ist auch wegen der Durchkreuzung der mancherley beym Concurse vorkommenden Sachen nicht möglich, und dauert daher sehr häufig ein Concurs-Wesen mehrere Jahre hindurch. [t]) Müssen ferner diese Rechtssachen, welche vor andern Gerichten anhängig sind, wenn sie an das Concurs-Gericht kommen, nicht auch dort erst erörtert und entschieden werden? Und wer steht denn dafür, dass diese Erörterung und Entscheidung im Concurs-Gerichte nicht eben so lange dauern, als sie bey den Gerichten gedauert haben würden, wo sie anhängig waren, zumahl wenn man erwägt, dass nach den Rechten der Prozess beym Concurs-Gerichte eben so wie bey dem vorigen Richter fortgesetzt werden muss, weil die Parteyen einmahl auf diesen Gang desselben ein Recht erworben

t) Die Berichtigung der Concurs-Masse u.s.w., kurz, die Einrichtung des ganzen Concurs-Wesens, nimmt über dies auch eine geraume Zeit hinweg. Und dem sey wie ihm wolle, so müssen die Gläubiger so lange auf ihre Befriedigung warten, bis sie solche nach dem Gange der rechtlichen Geschäfte entgegen nehmen können, und kann man zur blossen Begünstigung der Gläubiger hier keine Ausnahme von gemeinen Rechtsgrundsätzen machen, und etwas behaupten, was sich nach den Rechten nicht füglich behaupten lässt.

haben? — Und gesetzt nun auch, das Concurs-Gericht betriebe sie schlenniger, kann dies allein einen hinreichenden Grund abgeben, die einmahl vorhandene Litispendenz zu turbiren?

Es ist ferner zweytens unrichtig, dass man bey diesem Argumente voraus setzt, als wenn die bey andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen, die auf Befriedigung aus seinem Vermögen gehen, dort ganz zu Ende gebracht werden müssten, das heisst: so dass auch die gesprochene Sentenz exequirt wird. Wäre dies nothwendig, und brächte solches die Rechtshängigkeit dieser Angelegenheiten als eine absolute Folge mit sich, so würde sich freylich ein triftiges Argument für die Behauptung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts daraus hernehmen lassen, indem wegen der unter den Ansprüchen aller Gläubiger durch den Concurs entstandenen Connexität kein Gläubiger eher befriedigt werden darf, als bis der Concurs-Richter die Ordnung bestimmt hat, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll. Nun aber gehört es keinesweges zu den nothwendigen Folgen der Litispendenz, dass eine Rechtssache von dem Gerichte, wo sie einmahl anhängig geworden ist, auch zur Execution gebracht werden muss, sondern nur bis auf die Entscheidung schränkt sich die Wirkung der Litispendenz eigentlich ein. Denn so kommen in der Praxis ja häufig Fälle vor, dass der Richter, welcher eine Sentenz gesprochen hat, selbige nicht exequiren kann, weil es innerhalb der Grenzen seiner Jurisdiction an einem Objecte der Execution fehlt, und daher die Execution einem andern Richter überlassen werden muss; woraus sich denn ergiebt, dass keinesweges die Execution der Sentenz eine nothwendige Folge der vorhandenen Rechtshängigkeit der Sache ist, worin die Sentenz gesprochen worden ist. Das Concurs-Verhältniss, worauf sich das Concurs-Gericht bezieht, stört also nicht die Litispendenz der Rechtssachen gegen den Schuldner bey andern Gerichten, sondern hindert bloss die Execution der dort gefällten Sentenzen; welche dem Concurs-Gerichte anheim fallen muss, weil dieses nicht nur die Ordnung der Gläubiger bestimmt, sondern auch das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilt. Auf allen Fall würde sich also aus diesem Argumente die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner vor andern Gerichten obschwebenden Prozesse, welche auf Befriedigung aus dessen Vermögen gehen, nur in so fern vertheidigen lassen, als von der Execution der dort in diesen Rechts-

ſachen gefällten Sentenzen, nicht aber, in ſo fern von der Entſcheidung der Rechtsſachen ſelbſt die Rede iſt.

Aus dem Bisherigen erhellt nun zur Genüge, daſs die Gründe, welche man zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der bey andern Gerichten gegen den Schuldner obſchwebenden Rechtsſachen gemeinhin anführt, keinesweges zum Erweiſe derſelben hinreichend ſind. Aber nächſtdem ſtehen dieſer Lehre auch noch mancherley Gründe entgegen, die die Behauptung derſelben erſchweren. Denn wie ſoll erſtens die Remiſſion der anders wo anhängigen Prozeſſe an den Concurs-Richter bewirkt werden? Die bloſse Edictal-Citation, die Avocation der Sache, ein Requiſitions-Schreiben, u. d. m., was man gemeiniglich vorſchlägt, ſind keine hinlänglichen Mittel dazu: denn wie kann ein Richter die Competenz des andern durch eine bloſse Edictal-Citation turbiren, zumahl wenn man bedenkt, daſs die Edictal-Citation ſo wenig, ihrem Zwecke nach, überhaupt, als hier insbeſondere beym Concurſe darauf gerichtet iſt, ſondern ihr ganzer Zweck ſich darauf einſchränkt, daſs die noch unbekannten Gläubiger mit dem Vermögenszuſtande des Schuldners bekannt werden, und wenn ſie an dem Concurſe Antheil nehmen wollen, gezwungen werden ſollen, ihre Anſprüche an den Schuldner dem Concurs-Gerichte zu notificiren. — Und eben ſo wenig kann die Inhibition und Avocation des Concurs-Richters dies bewerkſtelligen, indem beyde nur von einem Oberrichter an den Unterrichter, aber im mindeſten nicht von einem Richter an ſeines Gleichen mit Nachdruck erlaſſen werden können. — Und kann denn ſelbſt ein Oberrichter nach Gefallen und ohne rechtlichen Grund Rechtsſachen, die bey dem Unterrichter anhängig ſind, avociren, und die Litispendenz auf dieſe Weiſe turbiren? — Was vollends die Requiſitorial-Schreiben betrifft, ſo möchte ich wiſſen, wodurch der andere Richter, wenn er nicht gutwillig ſich zur Verabfolgung der Rechtsſache, welche bey ihm anhängig iſt, verſteht, verbunden werden ſollte, denſelben Folge zu leiſten, welches man doch behaupten müſste, wenn man ſie als Zwangsmittel anſehen wollte. Dann zweytens ſteht auch dem mehrmahls erwähnten Lehrſatze von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts der allgemeine Rechtsgrundſatz entgegen, daſs der Rechtsſtreit da, wo er einmahl angefangen oder anhängig geworden iſt, auch zu Ende gebracht werden muſs, den man ja ſonſt ſo ſtrenge befolgt, und von welchem hier eine Ausnahme zu machen, es an einer

Aaaaa

rechtmäſsigen Urſache gänzlich fehlte. Man möchte mir entgegen ſetzen: es könne ja dadurch, daſs dem Concurs-Gerichte alle vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängige Rechtsſachen zufielen, dem ganzen Concurs-Weſen weit leichter und ſchleuniger abgeholfen werden, und dies allein ſey ſchon rechtmäſsige Urſache genug, um von jenem ſonſt allgemein anerkannten Grundſatze abzugehen, zumahl da die ſo viel als möglich ſummariſche Behandlung des Concurs Weſens von den angeſehenſten Rechtslehrern nicht nur empfohlen werde, ſondern auch von dem Gerichtsbrauche anerkannt ſey. Allein man prüfe dieſen Einwurf nur gehörig, und man wird bald finden, daſs er zu den gar nicht hinlänglich überdachten Einwürfen gehört; denn es iſt offenbar, daſs die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man ſie annehmen wollte, nicht nur im mindeſten nicht den Betrieb des Concurs-Weſens beſchleunigt, ſondern vielmehr daſſelbe, wenn nicht bey allen, doch bey vielen Concurſen aufhält. Man denke ſich nur einmahl einen Concurs, und der Fälle giebt es nicht wenige, daſs zur Zeit der Entſtehung deſſelben eine Menge Rechtsſachen gegen den Schuldner vor andern Gerichten anhängig iſt, die theils zur Entſcheidung reif ſind, theils halb verhandelt, theils aber auch erſt angefangen ſind. Welch ein Zuſammenfluſs von Rechtsſachen würde da bey dem Concurs-Gerichte entſtehen, bey welchem über dies, als *Foro domicilii* des Schuldners, gemeinhin ſchon gegen den Schuldner anhängige Prozeſſe in Menge vorhanden ſind! Wie ſehr würde nicht dadurch das durch die Direction des ganzen Concurs-Weſens ſchon ſo genug beſchäftigte Concurs-Gericht überhäuft werden, wenn es ſich in allen dieſen bisweilen ſo heterogenen, demſelben bis dahin unbekannten Rechtsſachen orientiren, und ſolche entſcheiden ſollte! Und dieſe Entſcheidung des Concurs-Gerichts würde doch bey dem allen nicht geſchwinder bewerkſtelligt werden können, als ſolches bey den Gerichten, wo dieſe Rechtsſachen bereits anhängig waren, geſchehen wäre, indem jede an das Concurs-Gericht remittirte Rechtsſache in derſelben Prozeſs-Form, worin ſie bey dem andern Gerichte anhängig geworden iſt, fortgeſetzt und zu Ende gebracht werden muſs, weil die Parteyen auf dieſen Rechtsgang ſchon ein wohlerworbenes Recht haben, welches der Concurs nicht vernichten kann. Weit leichter und geſchwinder wird daher das Concurs-Weſen ſeine Endſchaft erreichen, wenn die vor andern Gerichten gegen den Schuldner anhängigen Prozeſſe dort geſchlichtet, und alsdann, wenn die Sen-

tenz Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert, zum Zwecke der Execution an das Concurs-Gericht abgegeben werden. Und wie kann endlich dem Concurs-Gerichte ohne allen hinlänglichen Grund eine gröſsere Laſt aufgebürdet werden, als daſſelbe wie Concurs-Gericht zu tragen verbunden iſt? Als Concurs-Gericht hat daſſelbe nur bloſs, auſser andern oben erwähnten und hier nicht in Betrachtung kommenden Geſchäften, darauf zu ſehen, daſs die Gläubiger die Richtigkeit ihrer Anſprüche, die ſie an den Schuldner vorbringen, darthun, und daſs derſelben, wenn ſolches geſchehen iſt, in der gehörigen Ordnung befriedigt werden.

Zu allem dieſem kommt noch hinzu, daſs 1. bey manchen Concurſen es ſich gar nicht bewirken läſst, daſs alle gegen den Schuldner zur Zeit des ausgebrochenen Concurſes bey andern Gerichten anhängige Prozeſſe zur weitern Fortſetzung an das Concurs Gericht abgegeben werden, welches doch der Fall ſeyn müſste, wenn man dem Concurs Gerichte eine allgemein anziehende Kraft beylegen wollte. Dies iſt alsdann der Fall, wenn ſolche Prozeſſe gegen den Schuldner vor den Gerichten eines andern Territoriums, als worin das Concurs-Gericht ſich befindet, anhängig ſind. Nach der Deutſchen Staatsverfaſſung darf ein Reichsſtand in ſeinen Jurisdictions-Gerechtſamen nicht einmahl von den höchſten Reichsgerichten, am allerwenigſten aber von einem andern Landesherrn und deſſen Gerichten beeinträchtigt werden. [u]) Dies aber würde offenbar geſchehen, wenn man dem Concurs-Gerichte vermöge der anziehenden Kraft das Recht zuſprechen wollte, die gegen den Schuldner bey den Gerichten eines andern Territoriums anhängigen Rechtsſachen an ſich zu reiſsen und denſelben das weitere Verfahren zu verbieten. Dieſe Gerichte haben alſo ſelbſt vermöge der Reichs-Grundgeſetze ein wohlerworbenes Recht, die bey ihnen anhängigen Rechtsſachen, des Concurſes, welcher unterdeſs eingetreten iſt, ungeachtet, fort-

u) *Wahl Capitulat. K. Leopolds II.*, Art. 1, §. 8: „Wir wollen weder den Reichsgerichten noch ſonſt jemanden, wer der auch ſey, ſo in als auſser dem Reiche, geſtatten, daſs den Ständen in ihren Territoriis, in ihren Landeshoheits- und Regierungs-, beſonders in Religions-, Polizey-, Cameral-, Militar-, Juſtiz-, Lehens-, Criminal- und Gnadenſachen, *ſub quocunque praetextu*, wider die Reichsgeſetze, den Friedensſchluſs, oder aufgerichtete rechtmäſsige und verbindliche *Pacta* vor- oder eingegriffen werde.“ u. ſ. f. Vergleiche auch *Wahl* und *Reichardt a. a. O.*

zusetzen und zu entscheiden. Man möchte fragen: Also können die Gerichte anderer Territorien in den bey ihnen rechtshängigen Sachen fortfahren, sie entscheiden und exequiren, wenn ein Object der Execution sich etwa unter ihrer Jurisdiction befinden sollte? denn so wenig das Concurs-Gericht nach diesen Grundsätzen den Gerichten eines andern Territoriums in dem weitern Verfahren und der Entscheidung der bey ihnen anhängigen Rechtssachen Eintrag zu thun vermöchte, eben so wenig könne ja dasselbe sie behindern, die gefällten Sentenzen zu exequiren? Allein dies folgt noch bey weitem nicht aus meiner Behauptung. Die Gerichte des fremden Territoriums können nur die bey ihnen anhängigen Rechtssachen entscheiden; aber nicht exequiren, sondern die Urtheile müssen zum Zwecke der Execution auch von ihnen an das Concurs-Gericht remittirt werden. Dies ist aber keine Folge der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, sondern des durch den Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger hervor gebrachten Verhältnisses, welches sich nicht auf die Grenzen des Territoriums, worin sich das Concurs-Gericht befindet, einschränken läst. Und auch selbst das Concurs-Gericht hat nicht einmahl Kräfte genug, diese Remission zu bewirken, wenn die auswärtigen Gerichte die ausgesprochene Sentenz nicht aus freyen Stücken zum Zwecke der Execution an das Concurs-Gericht abgeben wollten, sondern vielmehr darauf bestehen sollten, sie selbst zu exequiren; sondern in solchem Falle muss die Remission durch die Intervention der Gläubiger bewirkt werden, wozu diese, wie ich oben gezeigt habe, so oft berechtigt sind, als der Richter einen aus ihrem Mittel, ehe noch die Ordnung, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll, bestimmt ist, begünstigen will.

Ferner 2. stehen auch die Natur und Eigenschaft der einzelnen Prozess-Arten entgegen, dass jener Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man ihn auch, so wenig er bewiesen werden kann, dennoch gelten lassen wollte, schlechterdings nicht so allgemein angenommen werden kann, als ihn die Rechtslehrer gemeinhin ausdrucken, mithin schon an sich selbst mannigfaltigen Ausnahmen unterworfen ist. Zu mehrerer Darstellung der Richtigkeit dieser unsrer Behauptung wollen wir den Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts auf einzelne Prozess-Arten anwenden.

Zuerst trügt dieser Lehrsatz ganz, wenn man ihn auf den activen Prozess anwenden wollte, wobey der Schuldner als Kläger aufgetreten ist und sei-

ne Ansprüche wider einen Dritten gerichtlich angebracht hat, es mag nun solches auf eignen Antrieb oder auf eine vorher gehende Provocation geschehen seyn. Denn wollte man hier die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts behaupten, so würde man offenbar von dem allgemein anerkannten Grundsatze: *Actor sequitur forum rei*, abweichen müssen, welches sich aber der Beklagte durchaus nicht gefallen zu lassen braucht, weil er aus den Gesetzen ein wohlerworbenes Recht darauf hat, dass der Prozess vor seinem Gerichtsstande gegen ihn geführt werden muss. Eben dies ist zweytens bey der Reconvention der Fall, wenn nämlich der Schuldner jemanden verklagt hat, uud nun von diesem vor demselben Gerichte *reconveniendo* belangt wird. Die Reconvention involvirt nach gemeinen Rechten eine nothwendige *Prorogationem fori*, und zwar dergestalt, dass der Kläger bey der von dem Beklagten erhobenen Wiederklage eben den Richter gegen sich gelten lassen muss, welchen er bey seiner Klage für sich erkohren hat, und dagegen sich keiner Einrede des incompetenten Gerichtsstandes bedienen darf. *Nulla*, (sagt der Imperator in der *L.* 14 *C. de sentent. et interlocat.*,) *ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.* Ist dieses nun aber der Fall, so hat der Beklagte ein wohlerworbenes Recht darauf, dass der Reconventions-Prozess vor seinem Gerichtsstande, wo er anhängig geworden ist, auch ganz zu Ende gebracht werde, und braucht nicht zuzugeben, dass derselbe an das Concurs-Gericht gelange, zumahl wenn man erwägt, dass die *Prorogatio fori* bey der Reconvention hauptsächlich zum Nutzen des Beklagten und Wiederklägers angeordnet ist, man ihm daher sehr zu nahe treten würde, wenn man ihm diese gesetzliche Wohlthat ohne Noth entziehen wollte. v)

Vollends verliert drittens der Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts seine Wirkung, wenn man ihn auf den gegen den Schuldner zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, in einer zweyten Instanz obschwebenden Prozess anwendet, das ist: wenn gegen eine gefällte Sentenz Suspensiv- oder Devolutiv-Mittel sind eingewendet worden, wodurch diese von der Rechtskraft abgehalten werden soll. Bleibt gleich im erstern Falle die Sache bey dem-

v) *Rom. Telleri* D. *de reconventione veteri et hodierna*, Lips. 1759.

selben Richter, so hat doch die streitende Partey, welche das Suspensiv-Mittel eingewandt hat, vermöge des ordentlichen Ganges des Prozesses ein Recht darauf, daſs die Sache hier von neuem vorgenommen und entschieden werde, so wie sie im zweyten Falle das Recht erhält, wenn sonst hinlängliche Ursachen zur Appellation vorhanden sind, darauf zu dringen, daſs die Sache an ein Obergericht zur neuen Untersuchung und Entscheidung gelange. Diese wohlerworbenen Rechte würden aber offenbar eine Kränkung erleiden, wenn der Prozeſs dem Concurs-Gerichte zur Erörterung zufallen sollte, und doch verordnen die Gesetze, daſs niemand in dem Gebrauche der ihm in den Gesetzen erlaubten Rechtsmittel gestört werden soll. Ja, wegen der Appellation fehlt es nicht an Gesetzen, die ausdrücklich verordnen, daſs, so lange in der Appellations-Instanz noch nicht gesprochen worden ist, durchaus nicht in der Sache weiter verfahren werden soll. *Appellatione,* (lehrt *Ulpian* in der *L.* 1 *D. Nihil innovari appellat. interposita,*) *interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet: siquidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, aut non sit.* §. 1. *Recepta autem appellatione nihil erit innovandum, quam diu de appellatione fuerit pronuntiatum.* Würde aber nicht offenbar das Gegentheil geschehen, wenn die in der Appellations-Instanz obschwebende Rechtssache an das Concurs-Gericht remittirt werden sollte?

Endlich viertens verliert auch der mehrmahls erwähnte Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts bey solchen gegen den Schuldner vor andern Gerichten, als dem Concurs-Gerichte, anhängigen Prozessen schlechthin alle Anwendbarkeit, die entweder nach gemeinen Rechten oder besondern Prozeſs-Ordnungen vor ein gewisses Forum ausdrücklich verwiesen sind, oder vermöge eines besondern Privilegiums in denjenigen Gerichten, vor welchen sie zu der Zeit, als der Concurs ausbrach, anhängig waren, verhandelt werden müssen: denn im erstern Falle steht der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts die Natur und Eigenschaft des Prozesses selbst entgegen, daſs sie nicht zur Wirksamkeit gedeihen kann, in dem letztern Falle aber das vorhandene Privilegium, ohne Unterschied, solches möge der Sache selbst oder der Person ertheilt seyn, welche diese Rechtsangelegenheit concernirt. [w])

w) Siehe *Wiese a. a. O.*, §. 19.

Für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts würden diesemnach, (wenn man sie annehmen wollte,) nur blofs die bey andern Gerichten, und zwar in erster Instanz gegen den Schuldner obschwebenden Passiv-Prozesse, welche sich nicht auf eine Reconvention begründen, auch nicht nothwendig vor ein gewisses Forum gehören, übrig bleiben, in Ansehung deren derselben nicht solche Hindernisse, wie bey andern Prozefs-Arten, entgegen stehen. Allein auch hier sind ihr Ein Mahl die oben ausgeführten allgemeinen Gründe gegen die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts nachtheilig, und dann zweytens finden sich noch manche andere Bedenklichkeiten, um solche, wenigstens nicht uneingeschränkt, anzunehmen. Denn was 1. diejenigen Passiv Prozesse betrifft, bey welchen eine Real-Klage zum Grunde liegt, so gehen diese gröfsten Theils das Concurs-Wesen gar nichts an, z. B.: wenn gegen den Schuldner mit der Reivindication oder Erbschaftsklage geklagt wird. Ein Gleiches hat 2. bey den persönlichen Klagen zum Theil Statt, die gegen den Schuldner zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, bey einem andern Gerichte, als dem Concurs-Gerichte, z.B. *in foro contractus*, anhängig sind, obgleich die Vertheidiger des Lehrsatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in der oft erwähnten Rücksicht, hierauf vorzüglich ihr Augenmerk gerichtet haben. Hierher gehört der Fall, wenn vermittelst einer persönlichen Klage von dem Schuldner die Leistung eines versprochenen Factums gefordert wird, welche Angelegenheit gar nicht mit dem Concurs-Wesen in Verbindung steht, es wäre denn, dafs zugleich auf das Interesse geklagt würde.

Aus den vorgetragenen Grundsätzen erhellt nun offenbar, dafs der gemeine Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner bey andern Gerichten, zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, anhängigen Prozesse sich 1. weder aus den Gesetzen noch aus dem durch den Concurs hervor gebrachten Verhältnisse erweisen läfst; ferner 2. dem ganzen Concurs-Wesen keinen Nutzen gewährt, sondern vielmehr nur Verwirrung anrichtet; 3. in Ansehung derjenigen Prozesse, welche vor den Gerichten eines andern Territoriums obschweben, durchaus nicht realisirt werden kann; 4. bey einigen Prozefs-Arten schlechthin keine Anwendung leidet; und endlich 5. demselben der allgemeine Rechtsgrundsatz, dafs jeder Rechtsstreit da, wo er einmahl seinen Anfang genommen hat, auch zu Ende gebracht werden müsse,

entgegen steht. Was ist also die Folge? — Keine andere, als diese: dass er wie ein irriger Lehrsatz verworfen werden muss, — dass die vor andern Gerichten anhängigen Prozesse dort gelassen und zu Ende gebracht werden müssen, und nur alsdann, wenn die Sentenz Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert, solche zum Zwecke der Execution an das Concurs-Gericht abgegeben werden müsse, weil das Concurs-Verhältniss die besondere Befriedigung eines Gläubigers nicht mehr zuläst. In so fern also äussert sich bloss die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, dass kein Richter, er sey ein Ober- oder ebenfalls ein Unterrichter, ein Richter eben desselben oder eines andern Territoriums, die von ihm gefällte Sentenz exequiren darf, sondern solche zum Zwecke der Execution an das Concurs-Gericht remittiren muss, so bald als sie Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert: denn die Macht eines Oberrichters, wenn gleich das Concurs-Gericht ein Untergericht ist, wird durch das Concurs-Wesen eingeschränkt; und weil dieses eine particuläre Befriedigung eines Gläubigers nicht zuläst, so müssen seine Jurisdictions-Gerechtsamen nur bloss auf die Untersuchung und Entscheidung der Sache eingeschränkt werden. x) Und ein Gleiches findet auch in Ansehung des Richters eines fremden Territoriums Statt, dem man ebenfalls nichts einräumen kann, was den Rechten der übrigen Gläubiger nachtheilig wäre. Seine Gerechtsamen werden also hier nicht durch das Concurs-Gericht, sondern durch das Concurs-Verhältniss eingeschränkt.

Die Verwerfung des Lehrsatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, vor andern Gerichten anhängigen Rechtssachen giebt dem Concurs-Wesen, an sich betrachtet, keine neue Gestalt und Eigenschaft, sondern es behält solches eben diejenige, welche es haben würde, wenn man die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts vertheidigen wollte. Denn so werden 1. nach den von uns behaupteten Grundsätzen die gegen den Schuldner bey andern Gerichten anhängigen Prozesse dort weiter fortgesetzt und entschieden, und eben dies würde auch bey dem Concurs-Gerichte in Ansehung eines jeden Prozesses insbesondere

x) Diesen Lehrsatz schliesst auch *Stryck* in D. *de debitis ad concursum non pertinentibus*, in *Disputat. Halens.*, Vol. II, p. 762, nicht aus, welcher sonst die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der vor andern Gerichten in der Appellations-Instanz gegen den Schuldner anhängigen Prozesse läugnet.

geſchehen müſſen, wenn man annehmen wollte, daſs ſie demſelben vermöge der anziehenden Kraft anheim fallen ſollten; denn die Sprache der Rechtslehrer, welche die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts vertheidigen, daſs die vorher anderwärts rechtshängigen und nunmehr dem Concurs-Gerichte anheim gefallenen Prozeſſe mit dem Concurſe zugleich verhandelt würden, hat, nach reiflicher Ueberlegung der Sache, gar keinen Sinn, ſondern iſt ein bloſses Wortſpiel. Immer bleibt beym Concurſe ein groſser Unterſchied zwiſchen den Prozeſſen einzelner Gläubiger gegen den Schuldner und dem eigentlichen Concurs-Prozeſſe, und die Verwechſelung dieſer ſo heterogenen Dinge, welche doch hier offenbar geſchieht, kann nicht anders als nachtheilig ſeyn. Und will man damit ſo viel ſagen, daſs dieſe Prozeſſe nebenher bey den Concurs-Angelegenheiten berichtigt werden müſſen, ſo ſieht jeder ſogleich ein, daſs es daſſelbe iſt, was ich behauptet habe, und nur die Ausdrücke verſchieden ſind. So ferner 2. geht es bey dieſen Lehrſätzen mit der Anzeige und Liquidation der Forderungen, wozu die Gläubiger durch die Edictal-Citation aufgefordert und verbunden werden, ebenfalls nicht anders zu, als wenn vermöge der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts die gegen den Schuldner vor andern Gerichten anhängigen Prozeſſe dem Concurs-Gerichte anheim fallen würden. Jeder Gläubiger, welcher bey einem entſtandenen Concurſe über ſeines Schuldners Vermögen etwas erhalten will, iſt ſchuldig, dem Concurs-Richter ſeine Forderung anzuzeigen und ſolche liquid zu machen. Beydes ſoll eigentlich mit einander verbunden ſeyn; indeſs, wenn der Gläubiger abgehalten wird, ſeine Forderung zugleich umſtändlich zu liquidiren, oder ſolche wegen eintretender Umſtände gar noch nicht liquidiren kann, ſo iſt es ihm auch erlaubt, ſolche bloſs dem Concurs-Richter, um der Präcluſion zu entgehen, *eventualiter* anzuzeigen, und ſich die Wahrmachung derſelben vorzubehalten. Iſt alſo ein Gläubiger zu der Zeit, wenn der Concurs ausbricht, mit dem Schuldner wegen einer Forderung vor einem andern Gerichte, als dem Concurs-Gerichte, in Rechtsſtreit befangen, ſo muſs er zwar dem Concurs-Gerichte, um nicht von dem Concurſe ausgeſchloſſen zu werden, ſeine Forderung *eventualiter* anzeigen, allein die Wahrmachung derſelben muſs natürlich ſo lange unterbleiben, bis die Sache vor dem Gerichte, wo ſie anhängig war, entſchieden iſt, wo er ſie alsdann durch die daſelbſt geſprochene Sentenz, wenn dieſe für ihn ausfällt, verificirt. Nicht mehr, und auch nicht weniger würde

geſchehen können, wenn das Concurs-Gericht dieſe Rechtsſache an ſich zöge, ſondern auch hier würde nur eine vorläufige Anzeige geſchehen können, und die Wahrmachung der Forderung bis auf die Entſcheidung des Prozeſſes ausgeſetzt werden müſſen, weil die Sache von dem Concurs-Gerichte in eben der Maſse, als von dem Gerichte, wo ſie anhängig war, entſchieden werden muſs. Es kann auch der Concurs-Richter einen ſolchen Gläubiger nicht bey Strafe der Präcluſion zum Liquidiren binnen einer gewiſſen Friſt auffordern, indem hier ein unvermeidliches Hinderniſs eintritt, welches die Liquidation aufhält. y) Endlich 3. wird auch bey den von uns behaupteten Grundſätzen die Beſtimmung der Ordnung, in welcher die Gläubiger ihre Befriedigung erhalten ſollen, nicht länger aufgehalten, als wenn man jenen Lehrſatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts annehmen wollte; denn alle Mahl bleibt der Satz unumſtöſslich gewiſs: daſs, ſo lange noch nicht die Anſprüche derjenigen Gläubiger, welche ſich beym Concurſe gemeldet haben, in Richtigkeit geſetzt ſind, die Ordnung, in welcher ſie befriedigt werden ſollen, ſo wenig beſtimmt, als das ſchuldneriſche Vermögen unter ſie vertheilt werden kann. Es bleibt alſo immer einerley, ob über die Richtigkeit dieſer gläubigeriſchen Anſprüche in einem andern Gerichte, wo ſie einmahl anhängig gemacht ſind, oder in dem Concurs-Gerichte entſchieden wird, zumahl, wie ich oben bemerkt habe, der Gang des Prozeſſes wegen des wohlerworbenen Rechts der Parteyen immer derſelbe bleibt, und es alle Mahl noch eine groſse Frage iſt, ob in dem ſo ſehr überhäuften Concurs-Gerichte oder vor einem andern weniger beſchäftigten Gerichte die Sache am geſchwindeſten zu Ende gebracht wird.

Wir kommen nunmehr b. zu einer zweyten Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, nämlich zu derjenigen, welche demſelben in Hinſicht auf diejenigen Güter und Vermögensſtücke des Schuldners, welche unter einer andern Gerichtsbarkeit belegen ſind, beygelegt wird, und welche nach der gemeinen Lehre darin beſtehen ſoll, daſs dieſe von dem Concurs-Richter zur Concurs-Maſſe gezogen und der Diſpoſition des Concurs Gerichts unterwürfig gemacht werden können. z) Zur Vertheidigung dieſer Gattung der anziehenden Kraft

y) *Clapproth vom Concurs-Prozeſſe*, S. 124.

z) *Salgado de Samoza* in *Labyrintho creditorum concurrent.*, P. I, C. II, No. 1;

des Concurs-Gerichts bedient man sich folgender Gründe: Der Endzweck des ganzen Concurs-Wesens gehe dahin, dafs das gesammte schuldnerische Vermögen von dem Concurs-Richter in der durch Gesetze und den Gerichtsbrauch fest gesetzten Ordnung unter die Gläubiger vertheilt werde. Dieses könne aber von dem Concurs-Gerichte, welchem dieses Geschäft obliege, nicht füglich anders bewerkstelligt werden, als wenn das gesammte schuldnerische Vermögen der Disposition des Concurs-Gerichts unterworfen und von demselben an sich gezogen würde, wenn auch gleich ein Theil desselben unter der Jurisdiction eines andern Richters belegen wäre. Ich mufs gestehen, dafs mir diese Gründe für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der unter einer andern Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Güter völlige Befriedigung gewähren, und ich solche für stark genug halte, um dieselbe zu vertheidigen. Zwar läfst sich zur Unterstützung der Richtigkeit der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts kein Gesetz anführen; allein da es überhaupt in der Lehre vom Concurse der Gläubiger so sehr an gesetzlichen Vorschriften mangelt, so bleibt nichts übrig, als sich an das zu halten, was aus richtigen natürlichen Principien folgt. Dies voraus gesetzt, sind die Gründe, welche die Rechtslehrer für die Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wovon hier die Rede ist, anführen, ganz richtig. Noch einleuchtender wird die Richtigkeit dieser Behauptung, wenn man auf die oben von uns vorgetragenen Lehrsätze vom Concurse so wohl überhaupt, als insbesondere von den Wirkungen, die der Concurs hervor bringt, Rücksicht nimmt. Der Concurs setzt einen Zustand des gesammten schuldnerischen Vermögens voraus, aus welchem die ihre Befriedigung fordernden Gläubiger nicht bezahlt werden können, und daher nunmehr das Recht erhalten, sich des schuldnerischen Vermögens, so viel desselben noch vorhanden ist, anzumafsen und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren. Diese ihre Disposition ist aber durchgängig an die Concurrenz des Richters gebunden, welcher dafür sorgen mufs, dafs solche nicht nach völligem Belieben der Gläubiger, und etwa zum Nachtheile des Schuldners, der noch immer Eigenthümer seines Vermögens bleibt, geschehen möge, auch die Ordnung bestimmt, in der die Gläubiger be-

Berger in *Electis disceptat. forens.*, *Supplem.*, P. 1, ad Tit. 51, Supplem. 7; *Leyser Meditat. ad Pandect.*, Spec. 478, Medit. 8; *Wernher Observat. forens.*, T. II, P. X, Obs. 297; *Mevius* in *Decisionib.*, P. V, Dec. 124.

friedigt werden sollen, und endlich das Vermögen des Schuldners selbst unter sie vertheilt. Zu allem diesem kann aber der Concurs-Richter unmöglich gelangen, wenn sich sein Wirkungskreis nicht über das gesammte Vermögen des Schuldners erstrecken, sondern sich bloss auf diejenigen Vermögensstücke desselben einschränken soll, welche unter seiner Jurisdiction belegen sind, zumahl wenn man erwägt, dass sehr häufig unter dem *Foro domicilii* des Schuldners, welches wir als Concurs-Gericht angenommen haben, nur sehr wenig Güter desselben belegen sind. Wollte man, bey dieser Lage der Sache, die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts läugnen, so würde man nothwendig behaupten müssen, dass jeder Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit einzelne Vermögensstücke des Schuldners belegen sind, die Oberaufsicht über die Disposition der Gläubiger in Ansehung dieser Vermögensstücke besonders habe, und ihm die Vertheilung derselben nach der von dem Concurs-Richter gesprochenen Sentenz unter die Gläubiger obliege, welches alles, der vielen Inconvenienzen, die solches haben würde, ungeachtet, nicht allein die Beendigung des Concurs-Wesens aufhielte, sondern auch dem Schuldner nachtheilig seyn könnte.

Aber wie wird denn nun die Remission des schuldnerischen Vermögens, welches unter einer andern Gerichtsbarkeit belegen ist, an das Concurs-Gericht beschafft? Die Rechtslehrer geben dazu folgende Mittel an: 1. Wenn das Concurs-Gericht ein Obergericht ist, so müsse diese Remission durch Befehle an die Niedergerichte bewirkt werden; hingegen 2. wenn dieses nicht der Fall wäre, so müssten durch Requisitions-Schreiben die andern Gerichte ersucht werden, die schuldnerischen Vermögensstücke, welche unter ihrer Gerichtsbarkeit belegen sind, zu remittiren, das heisst: solche nach dem Ersuchen des Concurs-Gerichts öffentlich zu verkaufen, und das aus dem Verkaufe gelösete Geld an dasselbe einzusenden, um solches der dort vorhandenen Gütermasse des Schuldners beylegen zu können, damit bey der dereinstigen Vertheilung das ganze schuldnerische Vermögen bey dem Concurs-Gerichte vollständig vorhanden seyn möge.

Auf gleiche Art müssen auch nach dieser Lehre andere Verfügungen des Concurs-Gerichts, welche die unter einer andern Gerichtsbarkeit belegenen Güter des Schuldners betreffen und nicht in der Remission derselben bestehen, wirksam gemacht werden, z. B. wenn selbige auf Andringen der Gläubiger ver-

pachtet, oder eine ſonſt denkbare Verfügung zum Vortheile der Gläubiger damit vorgenommen werden ſoll.

So allgemein auch die vorgetragenen Grundſätze von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Anſehung der unter einer andern Gerichtsbarkeit, als der des Concurs-Gerichts, belegenen Güter und Vermögensſtücke des Schuldners von den Rechtslehrern anerkannt werden, ſo wollen doch einige [a]) davon in dem Falle eine Ausnahme gemacht wiſſen, wenn dieſe Vermögensſtücke des Schuldners auſserhalb Landes, oder unter der Gerichtsbarkeit eines andern Territoriums, als worin ſich das Concurs-Gericht befindet, belegen ſind, und behaupten, daſs dieſe anziehende Kraft des Concurs-Gerichts bloſs auf die unter einerley Landeshoheit belegenen Güter des Schuldners eingeſchränkt werden müſſe. In Anſehung der auſserhalb Landes belegenen ſchuldneriſchen Güter ſchlieſsen ſie

1. nicht allein alle Dispoſition und Concurrenz des Concurs-Gerichts aus, ſondern lehren auch:
2. daſs
 a. diejenigen Gläubiger, welche bey dem Gerichte des fremden Territoriums, unter deſſen Jurisdiction dieſe ſchuldneriſchen Vermögensſtücke belegen wären, gegen den Schuldner Klage erhoben hätten, ohne ſich an den Concurs zu kehren, auch aus dieſen Gütern ihre Befriedigung verlangen könnten; [b]) und wären deren ſo viel vorhanden, daſs dieſes ſchuld-

a) *Struben*, in den *rechtlichen Bedenken*, B. 1, Bedenk. 118; B. 5, Bedenk. 27; *Voet*, in *Comment. ad Digeſt.*, L. 20, T. 4, §. 12; *Io. Philipp Carrach* D. *de foro continentiae cauſſarum ex connexitate ad L. 10 C. de iudiciis*, §. 19; *Wuhl de iudice in concurſu creditorum competente*, §. 30; *Ioh. Aug. Reichardt*, D. *de effectu fori concurſus creditorum univerſalis ratione bonorum territorii alieni*, Ien. 1775.

b) *Engelbrecht* ſchränkt in ſeinen *Obſervat. ſelect. forenſib.*, Obſ. 35, dieſen Lehrſatz auf den Fall ein, wenn der Gläubiger mehr der Sache des Schuldners, welche in dem fremden Lande belegen iſt, als deſſen Perſon creditirt hat, wohin er vorzüglich rechnet, wenn der Gläubiger ſich an einem auſserhalb Landes belegenen Grundſtücke des Schuldners eine beſondere Hypothek hat beſtellen laſſen, weil es alsdann unbillig ſeyn würde, den Gläubiger an das Concurs-Gericht verweiſen zu wollen. Allein ich muſs aufrichtig geſtehen, daſs ich den Grund von dieſer Diſtinction nicht einſehen kann. Und wollte man dieſen Lehrſatz annehmen, warum ſollte man nicht eben ſo gut jedem andern mit einer Special-Hypothek verſehenen Gläubiger beym Con-

nerische Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte, so könnte alsdann der Richter, dass ich mich ihrer Worte selbst bediene, einen besondern Concurs darüber formiren, c) sie durch eine besondere Locations-Sentenz classificiren, und das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilen. Ferner, dass auch

b. nach ausgebrochenem Concurse Gläubiger, mit Vernachlässigung der von Seiten des Concurs Gerichts ergangenen allgemeinen Aufforderung, sich an die ausserhalb Landes belegenen Güter des Schuldners halten, und ihre auf Befriedigung abzweckenden Ansprüche vor dem Gerichte, unter welchem diese Güter belegen sind, anbringen könnten, welches besonders den Unterthanen des Landes, wenn diese von dem Schuldner etwas zu fordern hätten, nicht nur heilsam sey, sondern auch ihnen durchaus nicht entzogen werden könnte.

Vermöge des erstern Satzes zieht auch selbst alsdann nicht einmahl, wenn sich gleich alle Gläubiger des Schuldners beym Concurs-Gerichte gemeldet haben, und bey den auswärtigen Gerichten, unter deren Gerichtsbarkeit ein Theil oder gewisse Stücke des schuldnerischen Vermögens belegen sind, kein Rechtsstreit gegen den Schuldner anhängig ist, das Concurs-Gericht die in einem andern Territorium belegenen Güter des Schuldners an sich, sondern diejenigen Gläubiger, welche von dem beym Concurs-Gerichte vorhandenen Vermögen des Schuldners nicht haben befriedigt werden können, müssen an die auswärtigen Gerichte, unter deren Gerichtsbarkeit noch schuldnerische Effecten vorhanden sind, verwiesen werden, um dort ihre Befriedigung zu erlangen.

Zur Vertheidigung dieser Lehrsätze bedient man sich mancherley Gründe, mit welchen wir uns um so eher ausführlich bekannt machen müssen, als solche

curse solche Prärogativen einräumen? welches doch nicht geschieht. Eben so wenig scheint mir die Distinction anderer Rechtslehrer auf einem richtigen Grunde zu beruhen, welche diesen Lehrsatz auf den Fall einschränken, wenn in *Foro rei sitae extra territorium* ein anderes Recht als im Concurs Gerichte gilt. Vergleiche *Puffendorf* in *Observ. iur. universi*, T. 1, Obs. 217; *Canngiesser* in *Collect. dec. not. supr. appell. tribun. Hass.-Cass.*, T. 2, Dec. 244. Will man den im Texte angeführten Lehrsatz annehmen, so muss man ihn in seinem ganzen Umfange annehmen, oder widrigen Falls ganz verwerfen. Eine Distinction hat hier gar keinen Grund.

c. Dies ist denn eine Gattung des so genannten *Concursus particularis*.

Bekanntschaft uns nur zu einer genauen Prüfung derselben, wozu wir hernach schreiten wollen, in den Stand setzen kann. Was den ersten Lehrsatz betrifft, so wird dieser von den Rechtslehrern folgender Gestalt vertheidigt: Es sey, (sagen sie,) auf keine Art und Weise zu bewirken, dass die Gerichte eines andern Territoriums die unter ihrer Jurisdiction belegenen schuldnerischen Güter an das Concurs-Gericht remittirten, oder demselben darüber eine sonstige Disposition gestatteten, wenn nicht zwischen dem Concurs-Richter und dem Richter eines auswärtigen Territoriums wechselseitige Verträge dieserhalb vorhanden wären. Die Requisitorial-Schreiben genügten nicht dazu, weil sie die Richter des andern Territoriums nicht verbinden könnten; und andere Mittel gebe es doch nicht: denn so wenig das Concurs-Gericht könne den fremden Richter zwingen, die schuldnerischen Güter heraus zu geben, als sich durch eine Imploration der höchsten Reichsgerichte solches bewirken lasse, weil hier die in den Reichsgesetzen zugesicherten Rechte der Landeshoheit entgegen stünden, in welche auch die Reichsgerichte nicht eingreifen dürften. Der Landesherr aber könne aus dem Grunde nicht gezwungen werden, die in seinem Lande belegenen schuldnerischen Vermögensstücke an das Concurs-Gericht verabfolgen zu lassen, weil in demselben Augenblicke, da es zuverlässig werde, dass das schuldnerische Vermögen nicht mehr zur Befriedigung seiner Gläubiger hinlänglich sey, solches gleichsam wie Adespota dem Landesherrn desjenigen Territoriums, worin es belegen, zur Obsorge und Administration so lange anheim falle, bis ausgemacht worden sey, wer der neue Herr desselben seyn solle. d) Zur mehrern Unterstützung führt man eine Menge von Beyspielen an, dass das Concurs-Gericht zwar die Remission der ausserhalb Landes belegenen schuldnerischen Vermögensstücke verlangt habe, allein solche demselben beständig verweigert worden sey, besonders finden sich dergleichen in Menge in der angeführten Reichardtschen Dissertation aufgeführt. e)

Anlangend den zweyten oben bemerkten Lehrsatz, so sucht man diesen folgender Gestalt zu rechtfertigen: 1. Da nach ausgebrochenem Concurse der Schuldner nichts Eignes mehr habe, so könnten sich eigentlich die Gläubiger

d) *Reichardt a. a. O.*, §. 19.

e) §. 20 und 21. Vergleiche auch *Carrach* und *Wahl a. a. O.*

an jeden Richter wenden, unter dessen Jurisdiction die Güter des Schuldners belegen wären, und daselbst auf ihre Befriedigung antragen. f) 2. Stünden die Angelegenheiten der Gläubiger gegen den Schuldner vor den Gerichten eines fremden Territoriums mit denen, welche vor dem Concurs-Gerichte oder in dem Lande, wo das Concurs-Gericht sich befinde, anhängig wären, nicht in der geringsten Verbindung mit einander, indem der Gegenstand, woraus die Gläubiger ihre Befriedigung nachsuchten, Güter wären, die in verschiedenen Territorien sich befänden; es sey also kein Grund abzusehen, warum die Gläubiger, welche dort geklagt hätten, erst an das Concurs-Gericht zum Zwecke ihrer Befriedigung verwiesen werden sollten. g) 3. Der besondere Concurs in dem fremden Territorium, wenn der Gläubiger so viel vorhanden wären, dass das dort belegene schuldnerische Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte, sey fürs Ganze weit vortheilhafter, indem alles weit leichter beendigt werden könnte, als wenn man alles an das eigentliche Concurs-Gericht verweisen wollte, wo es nicht allein viele Schwierigkeiten wegen der Beendigung des Concurs-Wesens, sondern auch wegen der Remission der vor den fremden Gerichten anhängigen Rechtssachen haben würde. 4. Stehe auch überhaupt der Remission der Gläubiger an das Concurs-Gericht das den Reichsständen zugesicherte *Ius de non evocando* in Deutschland entgegen, vermöge dessen sie nicht zuzugeben nöthig hätten, dass diejenigen Gläubiger, welche sich einmahl bey ihren Landesgerichten gemeldet, an auswärtige Gerichte, und folglich auch hier nicht an das Concurs-Gericht verwiesen würden, am allerwenigsten aber, dass ihre Unterthanen, wenn diese Gläubiger des Schuldners, welcher Concurs gemacht habe, wären, vor auswärtige Gerichte gezogen würden, die sie nicht nur gleichsam stiefmütterlich behandelten, sondern auch nach dort geltenden Rechten richteten, zumahl da sie ihnen in ihren eignen Landen zu ihren Ansprüchen verhelfen könnten. Endlich 5. werde auch durch die Remission des schuldnerischen ausserhalb Landes belegenen Vermögens an das Concurs-Gericht das dortige Landesgericht, unter dessen Gerichtsbarkeit sich solches befinde, an den Früchten seiner Jurisdiction beeinträchtigt, welches unerlaubt sey, indem ein jeder Richter auf die Früchte seiner Jurisdiction ein wohlerworbenes Recht habe. h)

f) *Reichardt a. a. O.*, §. 19.

g) *Eben derselbe*, §. 9.

h) *Engelbrecht a. a. O.*

Zur Rechtfertigung dieser letztern Lehre führt man, nächst andern nichts bedeutenden Dingen, [i]) noch vorzüglich dieses an: Die eigne und von dem Concurse abgesonderte Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich bey dem Landesgerichte des fremden Territoriums gemeldet hätten, aus den daselbst belegenen Gütern des Schuldners, ingleichen die Anordnung eines besondern Concurses, diene dazu, Ungereimtheiten vorzubeugen, die sonst bey der Classification der Gläubiger sich leicht einschleichen könnten, wenn die bey auswärtigen Landesgerichten angebrachten Ansprüche an den Schuldner, nebst dessen daselbst befindlichem Vermögen, an das Concurs-Gericht remittirt werden sollten, indem die Vorzüge der Gläubiger beym Concurse fast in einem jeden Reichslande durch besondere Landesgesetze verschieden bestimmt wären, und es sich häufig träfe, dass ein Gläubiger in einem Lande in den erstern Classen befriedigt werden müsste, dem in einem benachbarten Lande ein Platz in einer der letztern angewiesen worden sey. Das Beste der Gläubiger selbst, die ihre Ansprüche bey dem auswärtigen Gerichte angebracht hätten, erfordere also eine solche Trennung des Concurs-Wesens, weil sonst mancher, der nach den dort geltenden Gesetzen gewiss seine Befriedigung erhalten würde, bey dem eigentlichen Concurs-Gerichte einen Platz angewiesen zu erhalten befürchten müsste, wo er wenig oder gar nichts erhalten könne. [k])

So scheinbar die vorhin vorgetragenen Gründe auch immer seyn mögen, so sehr verlieren sie, wenn man gehörig in sie eindringt, und es leuchtet bald hervor, dass sie die Lehrsätze, zu deren Erweise sie angeführt werden, im mindesten nicht so beweisen, als solche dadurch erwiesen werden sollen. Denn was

i) Z.B.: dass in *Foro rei sitae* über die Ansprüche der Gläubiger besser entschieden werden könne, als von dem Concurs-Gerichte, weil hier genauere Urkunden vorhanden wären. Dieser Grund ist eines Theils zu speciell, indem er nur dann Platz nehmen würde, wenn von Verpfändung dieser schuldnerischen Güter, die vor den dortigen Gerichten geschehen ist, die Rede wäre, oder von Ansprüchen, die sich auf eine daselbst befindliche Urkunde begründeten, andern Theils hier völlig irrelevant. Ueber dies hat man auch hier nicht den Unterschied zwischen Entscheidung der Sache und Execution der Sentenz berücksichtigt. Dass das Erstere von dem auswärtigen Landesgerichte geschehen könne, haben wir schon oben zugegeben, und auf das Letztere, wovon hier eigentlich die Rede ist, passt dieser Grund gar nicht.

k) *Puffendorf* in *Observat. iuris universi*, T. 1, Obs. 217; *Reichardt a. a. O.*, §. 10.

I. die Gründe betrifft, vermöge deren man dem Concurs-Gerichte alle Verfügung und Concurrenz an dem ausserhalb Landes und in einem andern Territorium belegenen Vermögen des Schuldners abspricht; so ist es Ein Mahl ganz unrichtig, dass das schuldnerische Vermögen überhaupt durch den Concurs zu einer *Res quasi derelicta* werde, und mithin gleichsam als Adespota dem Landesherrn desjenigen Territoriums, worin es belegen ist, zur Obsorge und Administration anheim falle. Verliert denn der Schuldner durch den Concurs das Eigenthum seines Vermögens? Ich habe oben ausführlich erwiesen, dass so wenig der Concurs an sich als die demselben hinzu kommende Güterabtretung dem Schuldner das Eigenthum seines Vermögens entzieht, sondern solches nach wie vor so lange bey ihm verbleibt, als nicht die Gläubiger vermöge der ihnen erworbenen Gerechtsamen mit Zuziehung des Richters darüber so disponirt haben, dass es dem Schuldner entzogen werden muss. Es unterstellt also dieses Princip den irrigen Grundsatz, dass der Schuldner durch den Concurs das Eigenthum seines Vermögens verliere, und ist daher, da dieser nichtig ist, auch zugleich mit nichtig. Zudem ist dieser Grund als eine blosse Erfindung zur Vertheidigung des Lehrsatzes, den er berücksichtigt, zu betrachten, da alle Rechtslehrer, welche behaupten, dass der Schuldner das Eigenthum seines Vermögens beym Concurse verliere, doch dasselbe auf die Gläubiger übergetragen wissen wollen, nicht aber als eine *Res derelicta* ansehen.

Gleicher Masen ist es zweytens falsch, dass durch die Abforderung dieser auswärts belegenen Güter des Schuldners ein Eingriff in landeshoheitliche Rechte geschehen würde, indem die Reichsgesetze nur verbieten, dass einem Landesherrn seine Jurisdictions-Gerechtsamen nicht gekränkt werden sollen, dies aber ja hierdurch nicht geschieht, sondern blos von der Remission des schuldnerischen Vermögens die Rede ist. Zwar gebe ich gern zu, dass das Concurs-Gericht, weil es den Gerichten eines andern Territoriums nichts befehlen kann, auch diesen nicht aufzugeben im Stande ist, das dort belegene schuldnerische Vermögen an das Concurs-Gericht zu remittiren, oder ohne dessen Vorwissen Verfügungen damit vorzunehmen berechtigt sey, weil sich überhaupt kein Richter einer Verfügung an dem, was sich unter einer fremden Gerichtsbarkeit befindet, ohne Vorwissen und Einwilligung des dortigen Richters anmasen darf. — Allein da einmahl in solchen Fällen zur Beförderung der Justiz-Pflege

die Requifitorial-Schreiben eingeführt find, auf welche auch allerdings die Richter eines fremden Territoriums reflectiren müffen, fo fehe ich nicht ab, warum man auch hier den auswärtigen Richter nicht gebunden wiffen will, auf die Requifitorial-Schreiben des Concurs-Gerichts Rückficht zu nehmen, zumahl da dieses nichts verlangt, was den Reichsgefetzen und der Landeshoheit entgegen ift, und fich auf Gerechtfamen gründet, die demfelben als Concurs-Gerichte zuftändig find.

Die Gründe alfo, welche man zur Unterftützung des Lehrfatzes: dafs das Concurs-Gericht die aufserhalb Landes belegenen Güter des Schuldners nicht an fich ziehen, auch fich darüber nicht der geringften Dispofition anmafsen könne, anführt, reichen wahrlich nicht hin, um folchen zu beweifen. Das Einzige, wodurch ihm Nachdruck verfchafft werden kann, ift wohl diefes, dafs eine groſse Menge Fälle vorhanden ift, dafs das Concurs-Gericht von der anziehenden Kraft hat Gebrauch machen wollen, aber die Gerichte des auswärtigen Territoriums folche nicht haben anerkennen wollen. Denn da bey diefer Frage landeshoheitliche Rechte mit ins Spiel kommen, und deren Beftimmung in Deutfchland noch immer fo manchen Schwierigkeiten unterworfen bleibt, fo thut man freylich am beften, dafs man den Lehrfatz, dafs das Concurs-Gericht die aufserhalb Landes belegenen Vermögensftücke des Schuldners nicht an fich ziehen und darüber disponiren könne, zwar annimmt, aber fo beftimmt, dafs er keinem Gläubiger nachtheilig feyn kann, wie wir in der Folge zu thun uns bemühen werden; denn was würde es helfen, etwas zu behaupten, was entweder gar nicht, oder doch nur mit vielen Schwierigkeiten durchgefetzt werden kann, zumahl da fich auch im entgegen gefetzten Falle, wie fich unten zeigen wird, ganz füglich eine unfchädliche Auskunft treffen läfst.

Wir laffen diefen Punct, und wenden uns nunmehr auch

II. zur Prüfung derjenigen Gründe, welche man zur Vertheidigung des Lehrfatzes, dafs das auswärtige Landesgericht diejenigen Gläubiger, welche fich an daffelbe bereits vor entftandenem Concurfe gewendet haben, oder erft nach entftandenem Concurfe wenden dürften, ohne fich an den Concurs zu kehren, aus den unter feiner Jurisdiction belegenen Gütern des Schuldners befriedigen, auch wohl gar einen fo genannten befondern Concurs formiren könne, wenn der Gläubiger fo viele vorhanden feyn follten, dafs das dafelbft befindliche fchuldnerifche

Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte. Da dieser Lehrsatz so sehr mit dem ganzen Concurs-Verhältnisse contrastirt und manchen Gläubigern sehr schädlich werden kann, so ist es um so mehr unsre Pflicht, die Gründe, welche man von demselben anführt, strenge zu prüfen, und zu untersuchen, ob sie auch wirklich das beweisen, was dadurch bewiesen werden soll.

Der erste Grund, welchen man zur Vertheidigung dieses Lehrsatzes anführt, dass nämlich der Schuldner nach ausgebrochenem Concurse nichts Eignes mehr habe, mithin sich jeder Gläubiger wegen seiner Ansprüche an den Richter wenden könne, unter dessen Gerichtsbarkeit etwas von dem schuldnerischen Vermögen angetroffen wird, ist offenbar unrichtig, so unrichtig, dass er kaum eine Widerlegung verdient, zumahl wenn man sich die oben vorgetragenen Lehrsätze von den Wirkungen, welche der Concurs hervor bringt, ins Gedächtniss zurück ruft, und sie hiermit zusammen hält. Ich habe oben ausführlich erwiesen, dass der Concurs dem Schuldner nicht das Eigenthum seines Vermögens entzieht, dass sein ganzes voriges Verhältniss unverändert bleibt, und er in Ansehung seines Vermögens alle vorige Rechte behält, in so fern nicht nur die den Gläubigern durch den Concurs erworbenen Gerechtsamen damit collidiren. Wie kann man also behaupten, dass nach ausgebrochenem Concurse der Schuldner nichts Eignes mehr habe? — Würde sich nicht vermöge dieses Grundes eben so gut behaupten lassen, dass, wenn in demselben Territorium, wo sich das Concurs-Gericht befindet, die Güter des Schuldners, wie sehr häufig der Fall ist, unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten zerstreut liegen, die Gläubiger sich an jedes Gericht besonders wenden, und ihre Befriedigung aus den unter der Jurisdiction dieses Gerichts belegenen schuldnerischen Gütern fordern könnten, welches doch gewiss niemand behaupten wird. Bleibt also das vorige Verhältniss des Schuldners, so contrastirt dieser Grund offenbar mit der Deutschen Gerichtsverfassung, indem vermöge desselben die Gläubiger gegen den Schuldner aus jedem Grunde in *Foro rei sitae* würden Klage erheben können, welches doch nicht der Schuldner gegen sich gelten zu lassen nöthig hat.

Ich komme zu dem zweyten Grunde, welchen man für jene Lehrsätze anführt, nämlich dass die Angelegenheiten der Gläubiger, welche bey den fremden Landesgerichten um ihre Befriedigung anhielten, mit den Angelegenheiten derjenigen Gläubiger in keiner Verbindung stünden, welche in dem Lande, wor-

in ſich das Concurs-Gericht beſindet, ſich wegen ihrer Anſprüche gemeldet hätten, mithin nichts der beſondern Befriedigung jener Gläubiger aus dem auſserhalb Landes belegenen ſchuldneriſchen Vermögen entgegen ſtehe, und will auch unterſuchen, in wie fern derſelbe die Probe hält. Man begründet ſich hierbey vorzüglich darauf, daſs hier ein verſchiedener Gegenſtand vorhanden ſey, woraus von den Gläubigern die Befriedigung ihrer Anſprüche nachgeſucht werde, nämlich das in verſchiedenen Landen belegene Vermögen des Schuldners. Allein man erwäge nur alles genau, und man wird bald finden, daſs dieſer Satz eine bloſse Erfindung iſt, — und was erfindet man nicht, um Lieblingsmeinungen zu vertheidigen? Kommt es denn hier beym Concurſe darauf an, ob ein Gläubiger aus einer beſtimmten dem Schuldner zugehörigen Sache, oder einem gewiſſen Theile des ſchuldneriſchen Vermögens, oder im Allgemeinen aus deſſen ganzen Vermögen ſeine Befriedigung fordert? Läſst ſich nach dieſer Idee nicht eben ſo gut annehmen, daſs unter den Anſprüchen der übrigen Gläubiger, welche in dem Territorium, wo ſich das Concurs-Gericht beſindet, anhängig ſind, ebenfalls keine Connexität vorhanden ſey, zumahl wenn einige Gläubiger aus einer beſtimmten Sache des Schuldners befriedigt ſeyn wollen, oder ſich mit ihren Anſprüchen an andere Gerichte in demſelben Lande und nicht an das Concurs-Gericht gewendet haben, und aus dem unter deren Gerichtsbarkeit liegenden ſchuldneriſchen Vermögen ihre Befriedigung fordern? Denkt man ſich den Concurs als einen Zuſtand, daſs das ganze Vermögen eines Schuldners ſich in der Lage befindet, daſs die ihre Bezahlung verlangenden Gläubiger nicht daraus befriedigt werden können; — nimmt man ferner nun auf das Verhältniſs Rückſicht, welches dadurch unter den Gläubigern, welche nach poſitiven Rechten in Rückſicht auf ihre Forderungen nicht gleiche Vorzüge haben, hervor gebracht wird: ſo wird man gewiſs nicht einmahl mehr daran denken, ob auch wohl dieſes Verhältniſs alsdann einen Abfall leiden könne, wenn die Güter des Schuldners in verſchiedenen Territorien belegen ſind; denn unter allen Anſprüchen der Gläubiger entſteht ja nunmehr eine ſolche Connexität, daſs durchaus nicht mehr die Befriedigung eines Gläubigers insbeſondere geſchehen kann, ſondern zuvörderſt die Rechte aller Gläubiger erörtert werden müſſen, damit die Befriedigung nach den Vorzügen ihrer Forderungen geſchehe. Iſt dies nun aber der Fall, wie kann man denn ſagen, daſs die Angelegenheiten derjenigen Gläu-

biger, welche bey den Gerichten eines andern Territoriums geklagt, und aus den dort belegenen schuldnerischen Gütern ihre Befriedigung nachgesucht haben, nicht mit den Angelegenheiten derjenigen Gläubiger in Verbindung stehen, deren Ansprüche in dem Territorium, worin sich das Concurs-Gericht befindet, entweder vor dem Concurs-Gerichte selbst oder andern dortigen Gerichten sind angebracht worden, da die Connexität, welche der Concurs hervor bringt, allgemein sich über die Anforderungen aller Gläubiger verbreitet, mithin sich auch nicht davon die Ansprüche derjenigen Gläubiger ausschliessen lassen, welche bey den Gerichten eines andern Territoriums geklagt und aus den dort belegenen schuldnerischen Gütern ihre Befriedigung verlangt haben. Dies voraus gesetzt, würde also offenbar den andern Gläubigern ein Nachtheil zugefügt werden, wenn man annehmen wollte, dass die auswärtigen Landesgerichte die Gläubiger, welche sich bey ihnen gemeldet haben, von dem Concurs-Wesen in dem Lande, worin sich das Concurs-Gericht befindet, abgesondert, aus den unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Gütern befriedigen, oder wenn deren so viele vorhanden seyn sollten, dass solche nicht zu ihrer allerseitigen Befriedigung hinreichend wären, einen so genannten besondern Concurs formiren, sie besonders nach ihren Vorzügen classificiren, und darnach das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilen könnten. — Und haben denn nicht die übrigen Gläubiger hinlängliche Mittel in Händen, diese ihnen so nachtheiligen Handlungen der Gerichte des fremden Territoriums zu behindern? Denn so erwächst, wie ich oben ausführlich dargethan habe, jedem Gläubiger, wegen der durch den Concurs unter den Angelegenheiten aller Gläubiger hervor gebrachten Connexität, das Recht der Intervention, vermöge dessen er, so bald der Richter, ehe noch über die Vorzüge aller Gläubiger überhaupt entschieden ist, einen besonders befriedigen will, sich ins Mittel schlagen und solches behindern kann. — Und dieses Interventions-Recht würde doch nach allen rechtlichen Grundsätzen den übrigen Concurs-Gläubigern gegen dergleichen Handlungen auswärtiger Landesgerichte ebenfalls gestattet werden müssen, um die besondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich dort gemeldet haben, die entweder geradezu oder vermittelst Formirung eines so genannten besondern Concurses geschehen sollte, zu behindern, indem die durch den Concurs hervor gebrachte Connexität sich über die Ansprüche aller Gläubiger erstreckt, die Befriedigung aus dem

unzureichenden ſchuldneriſchen Vermögen begehren; ſie mögen anhängig ſeyn, bey welchem Gerichte ſie wollen, die Befriedigung möge aus den Gütern des Schuldners, welche in demſelben Lande, worin das Concurs-Gericht ſich befindet, belegen ſind, oder aus denjenigen, die in einem andern Territorium liegen, insbeſondere nachgeſucht werden.

Ich ſchreite zur Prüfung des vierten Grundes, welchen man zur Vertheidigung der oben erwähnten Lehrſätze anführt, nämlich daſs die Ueberlaſſung der Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche ſich bey den auswärtigen Landesgerichten mit ihren Anſprüchen gemeldet haben, ſo wohl, als der Beſtimmung der Ordnung, worin ſie zu befriedigen ſind, an das Concurs-Gericht dem landesherrlichen *Ius de non evocando* zuwider ſey, und daher durchaus nicht angenommen werden könne, da deſſen Kränkung durch mehrere Reichsgeſetze nachdrücklich unterſagt ſey: denn der dritte Grund, daſs nämlich die beſondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche ſich an das auſserhalb des Territoriums, worin ſich das Concurs-Gericht befindet, belegene ſchuldneriſche Vermögen halten, entweder geradezu oder vermittelſt Formirung eines beſondern Concurſes, dem Ganzen weit vortheilhafter ſey und das Concurs-Weſen dadurch weit ſchleuniger beendigt werde, als im entgegen geſetzten Falle, iſt, meiner Einſicht nach, viel zu ſeicht, als daſs er einen wahren Grund zur Behauptung der mehrerwähnten Lehrſätze abzugeben vermöchte und in dieſer Eigenſchaft eine Widerlegung verdiente; denn wie kann überhaupt die ſchleunigere oder bequemere Beendigung einer Angelegenheit einen hinreichenden Grund abgeben, Gerechtſamen zu kränken oder wohl gar zu vernichten? Am geſchwindeſten würde ein Concurs-Weſen ſeine Endſchaft erreichen, wenn es jedem Gläubiger frey ſtünde, ſo wie der Schuldner nicht zahlen kann, zuzugreifen und zu nehmen, was er könnte, und doch wird jetzt, da durch poſitive Geſetze die Vorzüge unter den Gläubigern beſtimmt ſind, niemand mehr behaupten, daſs ſolches geſchehen könne. — Alſo nur der vierte Grund iſt es, dem wir unſre Aufmerkſamkeit zu widmen haben.

Man halte ſich ſtrenge an den Begriff vom *Ius de non evocando* der Deutſchen Landesherren, oder man wende ſolches analogiſch auf das vorliegende Verhältniſs an, — in jedem Falle läſst ſich daher kein Grund nehmen, um den mehr-

mahls gedachten Lehrsätzen das Wort zu reden. *Quod olim*, (lehrt *Pütter*,) [1]) *privilegiis de non evocando caveri solebat, hodie iuris universi est, neminem mediatum in causa seu personae seu rei intuitu ad forum territoriale pertinente, praeterita instantia territoriali, ad suprema imperii tribunalia evocari posse.* Beym ersten Anblicke leuchtet es ein, daſs von dem *Ius de non evocando* der Deutschen Landesherren geradezu kein Argument zur Vertheidigung jener Lehrsätze hergenommen werden kann. Aber man wende sie auch analogisch an, und es folgt nichts mehr und nichts weniger daraus, als daſs das Concurs-Gericht nicht berechtigt ist, die Prozesse, welche gegen den Schuldner vor den Gerichten eines andern Territoriums obschweben, an sich zu reiſsen und zu entscheiden, welchen Satz wir auch schon oben zugegeben haben, indem die Reichsgesetze jeden Landesherrn gegen alle Kränkung seiner Jurisdictions-Gerechtsamen sichern. Allein die besondere Befriedigung der Gläubiger, welche bey den auswärtigen Gerichten ihre Forderungen angebracht haben, aus den unter der Gerichtsbarkeit derselben belegenen schuldnerischen Effecten, und die Formirung eines so genannten besondern Concurses, lassen sich in Ewigkeit daher nicht erweisen. Und nur zu sehr steht das Verhältniſs aller Gläubiger zu einander, welches der Concurs hervor bringt, entgegen, als diese Lehre ohne hinlängliche Gründe anzunehmen. Man lasse den auswärtigen Gerichten das Recht, die Sentenz in den vor ihnen zu der Zeit, da der Concurs ausbricht, gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen zu fällen, und die Befriedigung der Gläubiger, nach der von dem Concurs-Gerichte bestimmten Ordnung, aus dem unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen Vermögen des Schuldners zu beschaffen; und es wird so wenig den landeshoheitlichen Gerechtsamen des andern Territoriums als denen der Gläubiger zu nahe getreten. — Und wenn überhaupt das Concurs-Gericht, vermöge seiner Obliegenheit, diejenigen auffordert, welche an den Schuldner aus einem gesetzmäſsigen Grunde Ansprüche zu machen vermeinen, ihre Forderungen demselben anzuzeigen und zu verificiren; so evocirt dasselbe ja nicht die bey den Landesgerichten eines andern Territoriums gegen den Schuldner anhängigen Prozesse, sondern zwingt bloſs die Gläubiger, welche am Concurse Antheil nehmen wollen,

1) *Institut. iuris publici*, §. 297.

das Concurs-Gericht mit ihren Forderungen bekannt zu machen, damit ihnen in der von demſelben zu beſtimmenden Ordnung ihr Platz angewieſen werden könne. Dieſe Aufforderung, welche an alle Gläubiger ergeht, muſs nun auch freylich die Unterthanen eines andern Territoriums treffen, wenn dieſe an dem Schuldner etwas zu fordern haben ſollten, und ſie verbinden; — und darum kann man doch nicht annehmen, daſs daraus eine unerlaubte Evocation entſtehe. Wie, wenn nun in dem andern Territorium der Schuldner keine Güter hätte, müſsten da doch nicht die Unterthanen deſſelben, wenn ſie an dem Schuldner etwas zu fordern haben und ſich nicht präcludirt ſehen wollen, an das Concurs-Gericht gehen und daſelbſt ihre Anſprüche geltend machen?

Der Grund endlich fünftens, daſs den auswärtigen Gerichten die Früchte ihrer Jurisdiction entzogen würden, wenn ſie die Befriedigung der Gläubiger, welche ſich bey ihnen melden, dem Concurs-Gerichte überlaſſen ſollten, hebt ſich von ſelbſt als ganz unbedeutend. Denn ſo iſt 1. darauf nie Rückſicht zu nehmen, ſo bald als von der Kränkung wohlerworbener Rechte, wie hier der Fall ſeyn würde, die Rede iſt; und dann 2. erleiden auch ſelbſt die auswärtigen Gerichte eben keine groſse Verringerung ihrer Einkünfte der Gerichtsbarkeit, wenn es nach den kurz zuvor von uns beſtimmten und noch fernerweitig näher zu beſtimmenden Grundſätzen geht.

Was zur Vertheidigung der oben entwickelten Lehrſätze noch wohl am meiſten dient, iſt unſtreitig dieſes, daſs faſt in jedem Lande die Vorzüge unter den Gläubigern, wenn nicht im Ganzen, doch in ſehr vielen Fällen, verſchieden ſind, und bisweilen in einem Territorium ein Gläubiger in einer höhern Claſſe, in dem andern hingegen in einer niedrigern ſeine Befriedigung erhält, mithin den Gläubigern, die bey den auswärtigen Gerichten ſich gemeldet haben, dadurch ein Nachtheil zugefügt werden möchte, wenn ſie, da ſie vielleicht hier wegen eines beſondern Vorzugs ihre volle Befriedigung erhalten könnten, von dem Concurs-Gerichte ſich in eine niedere Claſſe verwieſen und den ſo genannten ſchlechten Gläubigern beygeſellt ſehen müſsten. Allein ſo ſcheinbar auch dieſes Argument iſt, ſo relevirt es doch im mindeſten nichts, ſo bald man alles hinlänglich erwägt. Denn ſo kann man 1. eben ſo gut den Satz umkehren, und ſagen: es würden ſehr viele Gläubiger, die ſich beym Concurs-Gerichte mit ihren Forderungen gemeldet haben, dadurch vervortheilt, wenn nun in dem andern Terri-

torium bey der Formirung des so genannten besondern Concurses Gläubiger ihre Befriedigung bekommen, die beym Concurs-Gerichte gewiss nichts erhalten haben würden. Ja, stellt man sich die Sache nach allen ihren verschiedenen Gesichtspuncten vor, so bietet das obige Argument mehr Gründe zur Verwerfung jener Lehrsätze, als zur Annahme derselben dar; denn offenbar ist es, dass bey einem solchen abgesonderten Schuldenwesen in dem andern Territorium, wenn gleich in beyden Territorien gleiche Vorzüge in Ansehung der Gläubiger gelten sollten, auch ein noch so schlechter Gläubiger des Schuldners zu seiner Befriedigung gelangen, hingegen ein weit mehr bevorzügter Gläubiger beym Concurs-Gerichte selbst zu kurz kommen kann, weil es daselbst vielleicht an einer hinlänglichen Concurs-Masse fehlt. Dann 2. tritt hier beym Concurse ein sonderbares Verhältniss ein, welches, wie ich glaube, bewirken muss, dass diejenigen Rechte, welche in *Foro domicilii* des Schuldners, als dem Orte des Concurs-Gerichts, gelten, allen andern, mithin auch den Rechten des andern Territoriums, worin ein Theil des schuldnerischen Vermögens ist, vorgezogen werden müssen; so bald von Befriedigung der Gläubiger und der Ordnung, worin diese Befriedigung geschehen soll, die Rede ist: denn die Gläubiger treten bey ihrer Disposition über das schuldnerische Vermögen an die Stelle des Schuldners, und repräsentiren denselben, wie oben gezeigt worden ist, müssen mithin auch alle mit einander, so zu reden, *ex persona debitoris* beurtheilt werden; es können folglich, wenn von Bestimmung der Ordnung, worin ihre Befriedigung erfolgen soll, die Rede ist, nicht füglich andere Rechte, als die des Concurs-Gerichts, zur Richtschnur angenommen werden. Man betrachte die Sache wie man will, so findet man immer eine grosse Aehnlichkeit zwischen ihr und dem Falle, wenn jemand beerbt werden soll, wo ebenfalls nach richtigen Grundsätzen die Erbfolge nach den Rechten seines Wohnorts bestimmt werden muss. Noch mehr Stärke gewinnt diese Behauptung, wenn wir erwägen, dass die allgemein unter den Gläubigern durch den Concurs hervor gebrachte Verbindung durchaus die Anwendung verschiedener Rechte, bey Bestimmung der Ordnung, worin sie befriedigt werden sollen, nicht zulassen kann. Und bey diesen, meiner Einsicht nach, so einleuchtenden Grundsätzen kann wahrlich auch die Einwendung nichts bedeuten, dass die Unterthanen des andern Territoriums, wenn sie als Gläubiger auftreten, dadurch lädirt würden, wenn sie sich vom Concurs-Gerichte ihren

Platz unter den übrigen Gläubigern anweisen lassen sollten, wenn zumahl in dem Territorium, dessen Unterthanen sie sind, für sie vortheilhaftere Rechte gelten: denn wie, wenn nun daselbst keine schuldnerischen Vermögensstücke vorhanden wären, müssten sie sich da doch nicht an das Concurs-Gericht wenden, und erwarten, welchen Platz ihnen dasselbe nach den dort geltenden Gesetzen anweiset? — Und wie kann endlich der besondere Vortheil einzelner Gläubiger einen Grund abgeben, ein allgemeines rechtliches Verhältniss, wie hier der Fall ist, zu zerreissen?

Da, wie wir bisher gesehen haben, die besondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche zur Zeit des ausgebrochenen Concurses bey auswärtigen Landesgerichten gegen den Schuldner geklagt haben, oder sich vielleicht erst nachher wegen ihrer Forderungen an selbige wenden, aus den unter ihrer Jurisdiction belegenen schuldnerischen Vermögensstücken, entweder geradezu oder vermittelst Formirung eines so genannten besondern Concurses, durchaus nicht als richtig angenommen werden kann, vielmehr derselben das durch den Concurs unter den Ansprüchen aller Gläubiger hervor gebrachte Verhältniss entgegen steht; gleichwohl sich aber auch nicht erweisen läst, dass die auswärtigen Landesgerichte schuldig wären, dem Concurs Gerichte über die unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Güter eine Disposition zu gestatten, oder solche wohl gar an das Concurs-Gericht zu remittiren; — auch die wirkliche Renitenz der auswärtigen Landesgerichte auf das Ansinnen des Concurs-Gerichts durch mehr als Einen Fall bewiesen werden kann: so kommt es nun darauf an, zu bestimmen, wie es in einem solchen Falle, wenn ein Theil des schuldnerischen Vermögens ausserhalb des Landes, worin sich das Concurs-Gericht befindet, belegen ist, gehalten werden müsse. Und da es hier an allen positiven Bestimmungen fehlt, mithin bloss aus der Natur der Sache die Entscheidung hergenommen werden muss, so bin ich der Meinung, dass es folgender Gestalt damit gehalten werden müsse:

I. Bey der Disposition der Gläubiger über das schuldnerische Vermögen, in so fern solche die ausserhalb Landes belegenen Güter des Schuldners betrifft, concurrirt nicht das Concurs Gericht, sondern diese Concurrenz verrichten die auswärtigen Landesgerichte.

II. Die Ordnung, worin die Gläubiger befriedigt werden sollen, bestimmt allgemein das Concurs-Gericht, zu welchem Ende auch diejenigen Gläubi-

ger, deren Angelegenheiten vor den Gerichten des andern Territoriums berichtigt ſind, an ſelbiges remittirt werden müſſen, keinesweges aber kann von den auswärtigen Landesgerichten ein beſonderer Concurs formirt und eine beſondere Locations - Sentenz geſprochen werden.

III. Die wirkliche Befriedigung der Gläubiger beſorgt theils das Concurs - Gericht, in ſo weit die bey demſelben befindliche Concurs - Maſſe zureicht, theils beſorgen die auswärtigen Landesgerichte dieſelbe insbeſondere, aus dem unter ihrer Jurisdiction belegenen ſchuldneriſchen Vermögen, wobey dieſe jedoch auf die von dem Concurs - Gerichte ausgeſprochene Locations - Sentenz Rückſicht nehmen müſſen.

Ich habe bisher gezeigt, was man über die doppelte anziehende Kraft des Concurs-Gerichts nach richtigen Grundſätzen in der Theorie annehmen muſs; ich will nun auch noch bemerken, wie es bis jetzt in der Praxis gehalten worden iſt.

Da der Concurs - Prozeſs zu der Claſſe der ſummariſchen Prozeſſe gehört, und die ſummariſche Betreibung des Concurs - Weſens ſo wohl das Beſte der Gläubiger als des Schuldners zum Zwecke hat, ſo zwingt man diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen beym Concurſe angebracht haben, auch ſelbige in der bey dem Concurs - Prozeſſe üblichen Art zu beſcheinigen und auszuführen, oder ſchlieſst ſie im entgegen geſetzten Falle von der Theilnahme an der Concurs - Maſſe aus. Iſt alſo die Sache eines Concurs-Gläubigers bey einem andern Gerichte zwar anhängig, aber noch nicht entſchieden, ſo wird durch dieſe Procedur die fernere Verfolgung derſelben dort gehemmt: und wenn man alſo auch nicht ſagen kann, das Concurs - Gericht ziehe die Rechtsſache in dem Zuſtande an ſich, in welchem ſie bey den andern Gerichten, wo ſie anhängig gemacht worden war, ſich befand; ſo kann man doch behaupten, die Fortſetzung derſelben werde durch den Concurs gehemmt. Man vertheidigt dieſes Verfahren aus dem Satze, daſs nach dem Eintritte des Concurſes über die Forderungen der Gläubiger kein ordentlicher Prozeſs weiter Statt finden könne, ſondern ſolche im Wege des Concurs - Prozeſſes betrieben werden müſſen. Hat ein Gläubiger bereits eine bey einem andern Gerichte über ſeine Forderung ausgeſprochene rechtskräftige Sentenz für ſich, ſo wird dieſe allerdings auch beym Concurs - Gerichte anerkannt, und kann er ſich derſelben zum Beweiſe ſeiner Forderungen bedienen.

Gleicher Gestalt bestehen auch die meisten Landesherren, in deren Territorien einzelne Güter des Schuldners belegen sind, auf die Eröffnung eines besondern Concurses, und leiden nicht, dass diese Güter entweder *in natura*, oder nachdem sie zu Gelde gemacht worden sind, an das Concurs-Gericht verabfolgt werden. Wenn daher keine besondern Verträge vorhanden sind, so lässt sich der Satz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der auswärts belegenen Güter des Schuldners nicht durchsetzen. Die Gläubiger müssen in solchem Falle die Wahl haben, ob sie sich mit ihren Forderungen an den allgemeinen oder besondern Concurs wenden wollen, und hat das, was bey dem einen verfügt wird, auf den andern nicht den mindesten Einfluss.

ACHT UND ZWANZIGSTES KAPITEL.

Ueber die gangbaren Eintheilungen des Concurses in den materiellen und formellen, allgemeinen und besondern, ingleichen über die Benennung des Schuldners, seines Vermögens und der Gläubiger beym Concurse.

Ich habe diese Materie absichtlich bis hierher verspart, weil ich darüber jetzt erst, nachdem die Concurs-Lehre völlig abgehandelt worden ist, die nöthigen Untersuchungen anstellen kann.

Die Rechtslehrer theilen den Concurs I. in den materiellen, (*Concursus materialis,*) und formellen, *formalis,*) ein. Materiell nennt man den Concurs, wenn zwar schon ein wirklicher Concurs vorhanden ist, der Richter aber noch nicht die Edictal-Citation erlassen hat; formell hingegen, wenn von dem Richter bereits die Edictal-Citation erlassen worden ist, zu dem Ende, damit die bisher noch unbekannten Gläubiger des Schuldners bekannt werden und sich ebenfalls mit ihren Forderungen melden mögen. Dies sind wenigstens die gewöhnlichen Begriffe, [m]) welche man mit der Eintheilung des Concurses in den materiellen und formellen verbindet; indess fehlt es auch nicht an Rechtsleh-

m) *Gmelin vom materiellen Concurse der Gläubiger*, §. 5; *Manzel de concursu creditorum*, Rost. 1752; *C. G. von Winkler Adversaria iuris iudic., imprimis quoad concursum creditorum adnot.*, I, Lips. 1785.

rern, welche davon andere Begriffe angeben. So nennt z. B. *Oelze* [n]) den Concurs ſo lange einen materiellen, als der Concurs-Prozeſs unter den Gläubigern noch nicht angegangen iſt, und nach angegangenem Concurs-Prozeſſe einen formellen. Daſs hier der Concurs ſelbſt mit dem Concurs-Prozeſſe verwechſelt worden iſt, ſpringt von ſelbſt in die Augen. *Wahl* [o]) hingegen nennt das einen materiellen Concurs, wenn mehrere Gläubiger gegen den Schuldner klagen, und einen formellen, wenn ſchon die Edictal-Citation oder die Güterabtretung hinzu gekommen iſt, oder der Richter dem Schuldner die Diſpoſition über ſein Vermögen unterſagt hat. Nach *Heimburg* [p]) und *Struben* [q]) iſt der Concurs ein materieller, wenn der Schuldner die gegen ihn klagenden Gläubiger noch befriedigen kann, ein formeller hingegen, wenn er dazu nicht mehr im Stande iſt. *Nettelbladt* [r]) erklärt ſich über den materiellen Concurs folgender Geſtalt: *Unde patet, concurſum creditorum materialiter adeſſe, ſi vel* 1. *debitor utitur beneficio ceſſionis bonorum, vel* 2. *iudex per miſſionem in poſſeſſionem rei vel debiti conſequendi cauſa vel alium actum, qui idem operatur, debitoris obaerati bona aſſignat creditoribus, eo fine, ut illis ex iis ſatisfiat.*

Gmelin, der die gemeine Erklärung dieſer Eintheilung annimmt, giebt zwiſchen dem materiellen und formellen Concurſe folgende Unterſchiede an: [s]) 1. Der förmliche Concurs wird durch die von dem Richter erlaſſene Edictal-Citation allgemein, wogegen der materielle Concurs in den Schranken eines beſondern Concurſes ſtehen bleibt. 2. Der materielle Concurs hat keine anziehende Kraft, zerſtört die Litispendenz anderer Rechtsſachen nicht, und wird auch nicht in *Foro domicilii* des Schuldners verhandelt, welche Prädicate hingegen dem formellen Concurſe zukommen. 3. Der materielle Concurs giebt nicht allen Gläubigern das Recht, ſchädliche Veräuſserungen zurück zu rufen, ſondern nur denjenigen, die bey dem Richter klagbar geworden ſind, es wäre denn, daſs die Gläubiger in die Güter eingewieſen worden wären, oder dieſe mit Arreſt belegt hätten; nach eingetretenem förmlichen Concurſe hingegen

n) In der D. *de cred ſibi vigil.*, §. 1.

o) In der D. *de iudice in concurſu credit. competente*, §. 18

p) D. *An is, qui iure praelat. quoad ſortem munitus eſt, eodem quoad uſuras quoque gaudeat*, §. 100.

q) *Rechtl. Bedenk.*, Th. 5, S. 190.

r) *Iuriſpr. poſit. gener.*, §. 802.

s) *A. a. O.*, §. 39.

können sämmtliche Gläubiger diese Veräusserungen zurück rufen. Endlich 4. der materielle Concurs setzt den Schuldner nicht gleich ausser aller Thätigkeit, sondern die Macht, sein Vermögen zu verwalten, wird ihm erst durch das gerichtliche Verbot entzogen; es kann daher auch bey schon entstandenem materiellen Concurse der Schuldner bisweilen noch gültig über sein Vermögen mit andern Verträge schliessen, sie veräussern, seine Gläubiger, ohne die Priorität zu beobachten, bezahlen; auch denselben zu ihrer Sicherheit Pfandrechte verleihen, wogegen Alles, was der Schuldner nach eingetretenem förmlichen Concurse in Absicht seines Vermögens unternimmt, schlechterdings nichtig und ungültig ist.

Man wird, ohne dass ich einmahl nöthig habe, darauf aufmerksam zu machen, besonders wenn man die vorigen Kapitel dieses Buchs mit Aufmerksamkeit gelesen hat, sofort einsehen, dass in den Begriffen vom materiellen und formellen Concurse die grösste Verwirrung herrscht, und dass die Unterschiede, welche *Gmelin* zwischen beyden Gattungen des Concurses angegeben hat, auf lauter unrichtige Voraussetzungen gebauet sind. Wollen wir die Eintheilung des Concurses in den materiellen und formellen beybehalten, so müssen wir uns an die (wahrscheinlich) erste Veranlassung zu dieser Eintheilung halten.

Man dachte sich ehedem den Concurs der Gläubiger überall als einen Vermögenszustand des Schuldners, wenn derselbe die gegen ihn klagenden Gläubiger zu befriedigen nicht im Stande war. So lange noch nicht entschieden war, ob die Gläubiger im ordentlichen Wege befriedigt werden sollten, oder ob nicht vielmehr concursmässig über das Vermögen des Schuldners zu verfahren wäre, nannte man den Concurs einen materiellen, so bald hingegen dies ausgemacht war, einen formellen. Unter solchen Modificationen lässt sich die Eintheilung nicht nur vertheidigen, sondern äussert auch ihre rechtlichen Wirkungen, was aber nicht der Fall ist, wenn man die gewöhnliche Erklärung davon annimmt. Hiernach würde man, wenn man auf das Römische Schuldenwesen Rücksicht nimmt, dasselbe vor geschehener *Cessio* oder *Immissio* ein materielles, nach dieser aber ein formelles nennen müssen. Es würde ferner, auf das heutige Schuldenwesen Rücksicht genommen, dasselbe v o r d e m oben bestimmten A n f a n g e d e s C o n c u r s e s ein materielles, n a c h d e s s e n A n f a n g e aber ein formelles seyn. — Aber mit der Edictal-Citation den formellen Concurs anzufangen, ist schon darum unrichtig, weil bey einem verstorbenen oder flüchtig gewordenen Schuld-

ner ſich häufig erſt lange nach derſelben ergiebt, ob überall ein Concurs-Verfahren nöthig iſt. Ich würde daher, wenn doch die Eintheilung beybehalten werden ſoll, die Sache folgender Geſtalt beſtimmen:

I. Wenn ein Schuldner in dem Zuſtande ſich befindet, daſs er überall ſeine Gläubiger nicht mehr befriedigen kann, ſo iſt *Status inſolventiae* vorhanden.

II. Melden ſich die Gläubiger mit ihren Forderungen gerichtlich, es iſt aber noch nicht ausgemacht, ob über das Vermögen des inſolventen Schuldners concursmäſsig verfahren werden muſs, ſo iſt ein materieller Concurs da. Iſt hingegen

III. dieſes bereits entſchieden, ſo tritt der formelle Concurs ein, bey welchem man in Abſicht ſeiner rechtlichen Wirkungen auf die oben näher beſtimmte Zeit des Anfanges des Concurſes Rückſicht nehmen muſs.

Unter dieſen Modificationen würde ſich mit der oben angenommenen Eintheilung des Concurſes in den materiellen und formellen nicht nur ein vernünftiger Sinn verbinden laſſen, ſondern man würde auch den Anfang des Concurſes bloſs durch das Wort: förmlicher Concurs, bezeichnen können. Bey dem allen würden Concurſe genug vorkommen, bey denen an einen materiellen Concurs gar nicht zu denken wäre, ſondern der Conours gleich von Anfang an als ein formeller angeſehen werden müſste, z. B. wenn der Schuldner ſich, ohne daſs ein Gläubiger gegen ihn klagte, für inſolvent erklärte und auf Zuſammenberufung ſeiner Gläubiger antrüge, u. ſ. f. Noch beſſer würde es auf jeden Fall ſeyn, wenn man in der Concurs-Lehre dieſe und andere ähnliche Eintheilungen aufgäbe, und ſich das Schuldenweſen ganz in der Römiſchen Simplicität vorſtellen wollte. [t])

Ferner II. theilt man auch den Concurs in den allgemeinen, (*Concurſus univerſalis,*) und beſondern, (*Concurſus particularis,*) ein, und verſteht unter dem erſtern den Concurs, welcher das geſammte Vermögen des Schuldners umfaſst, unter dem letztern hingegen den, welcher nur einige Güter des Schuldners zum Gegenſtande hat. Zu dem beſondern Concurſe zählt man: 1. wenn bey entſtandenem Concurſe Separatiſten oder Quaſi-Separatiſten vorhanden ſind,

t) Die Eintheilung des Concurſes in den materiellen und formellen hat noch neuerlich *von Almendingen*, in der *Abh. über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger*, in Schutz genommen. Ich hätte gewünſcht, daſs er dieſe Eintheilung nicht bloſs mit Hinſicht auf das Römiſche Schuldenweſen behandelt haben möchte.

welche nach Absonderung des ihrem Separations-Rechte unterworfenen Vermögens des Schuldners wegen der separirten Gütermasse mit einander über ihre Befriedigung streiten; 2. wenn der Schuldner Lehn- oder Fideicommiss-Güter besitzt, über welche ein Concurs entsteht; 3. wenn bey einem ausgebrochenen Concurse man die in einem andern Lande belegenen Güter des Schuldners nicht verabfolgen lassen will, sondern darüber einen besondern Concurs verhängt. u) *Nettelbladt* v) legt bey dieser Eintheilung folgenden Begriff des Concurses der Gläubiger zum Grunde: *Venit vero*, sagt er, *sub concursus creditorum nomine is status aut omnium aut nonnullorum bonorum debitoris, quod plures creditores solutionem ex iis urgeant, ad quam non sufficiunt.*

Meinetwegen mag auch diese Eintheilung des Concurses stehen bleiben, ob ich gleich, aufrichtig gesagt, davon nicht den mindesten Nutzen einsehe. Die Hauptsache würde bey dieser Eintheilung immer das Verhältniss der mehrern Concurse zu einander bleiben. Das Verhältniss des Lehns- und Allodial-Concurses zu einander werde ich noch in einer besondern Abhandlung näher entwickeln. Und das Verhältniss der andern besondern Concurse zu dem allgemeinen ergiebt sich schon hinlänglich aus dem, was ich oben über das Separations-Recht der Gläubiger gesagt habe.

So bald ein Concurs der Gläubiger ausgebrochen ist, bekommen so wohl die Gläubiger als der Schuldner verschiedene Benennungen, welche ich hier noch angeben will. Was 1. die Gläubiger betrifft, so werden diese nunmehr mit dem Nahmen: Concurs-Gläubiger, belegt, welche Benennung eines Theils darin ihren Grund hat, weil sie diesen Zustand des schuldnerischen Vermögens, welcher Concurs heisst, durch ihr gerichtliches Andringen auf ihre Befriedigung mit hervor gebracht haben, andern Theils daher, weil sie jetzt mit einander darüber streiten, wer von ihnen aus dem zur allerseitigen Befriedigung unzureichenden schuldnerischen Vermögen zuerst das Seinige erhalten soll. Was 2. den Schuldner betrifft, so erhält dieser den Nahmen: Gemeinschuldner, (*Debitor communis*,) auch wird er *Concursifex*, *Cridarius* und Gantmann genannt. w) Die Benennung: Gemeinschuldner, rührt ohne allen Zweifel da-

u) Vergleiche *W. A. Schöpf* D. *de concursu creditorum particulari*, Tub. 1753.

v) *L. c.*, §. 799.

w) Daher heisst auch der Concurs-Prozess *Processus cridae*, Gant-Prozess.

her, weil die Gläubiger durch den entstandenen Concurs gleichsam in eine Gemeinschaft treten, und der Schuldner jetzt so angesehen wird, als wenn er dieser Gemeinschaft schuldigte. Der Nahme: *Concursifex*, ist ein barbarischer Ausdruck, von *Concursus* und *facere* zusammen gesetzt, mit welchem der Schuldner darum belegt wird, weil gemeiniglich die Schuldner durch ihre schlechte Wirthschaft den Concurs veranlaſst haben. Die Benennungen: *Cridarius* und Gantmann, endlich kommen nicht allgemein, sondern nur in einigen Gegenden Deutschlands vor; über die Etymologie beyder Wörter ist man aber keinesweges einig. Was zuerst das Wort: *Cridarius*, betrifft, so leiten einige Rechtslehrer dasselbe von dem Französischen Worte: *crier*, andere hingegen von dem Italiänischen *gridare*, und *Schmidt* x) sogar von dem plattdeutschen Worte: krischen, oder laut aufschreyen, ab. Dem sey nun wie ihm wolle, alle Mahl bleibt so viel gewiſs, daſs der Schuldner darum diesen Nahmen erhalten hat, weil er zur öffentlichen Vorladung seiner Gläubiger Veranlassung gegeben hat. Eine eben so verschiedene Ableitung trifft man in Ansehung des Wortes: Gantmann, an. Einige Rechtslehrer leiten es von dem alten Deutschen Worte: gan oder gemein, ab, indem nach entstandenem Concurse das Vermögen des verarmten Schuldners seinen Gläubigern dergestalt gemein wird, daſs diese nunmehr zu ihrer Befriedigung darüber disponiren können; wogegen andere mit gröſserer Wahrscheinlichkeit es von dem alten Deutschen Worte: verganthen oder öffentlich verkaufen, ableiten, indem nach ausgebrochenem Concurse die Güter des Schuldners von den Gläubigern öffentlich verkauft werden, um sich mit den daraus gelöseten Summen ihre Befriedigung zu verschaffen. y)

x) *Schmidt von geistl. und weltl. Separatisten*, Th. 2, §. 2.

y) *Gmelin a. a. O.*, §. 1, Not. b.

ANHANG.

VON

FORMIRUNG DER CONCURS-ACTEN.

Die richtige Formirung der Concurs-Acten setzt eine genaue Bekanntschaft mit dem ganzen Concurs-Wesen so wohl als mit dem Concurs-Prozesse insbesondere voraus, weshalb ich auf die in dem Buche selbst vorgetragenen Lehren verweisen muss.

Am zweckmäsigsten werden Concurs-Acten angelegt, wenn zuerst ein *Volumen generale* gemacht wird, und zu demselben noch *Volumina specialia* hinzu gefügt werden.

Das *Volumen generale* muss enthalten:

1. Die gerichtlichen Anträge der Gläubiger, welche dazu Veranlassung gegeben haben, dass zur Eröffnung des Concurses geschritten worden ist, oder wenn sich der Schuldner ohne diese für insolvent erklärt hat, dessen Erklärung;

2. die darauf von dem Richter getroffenen Verfügungen, insbesondere die Erlassung der Edictal-Citation, wodurch das Daseyn des Concurses angezeigt wird, und die Gläubiger zur Angabe und Bewahrheitung ihrer Forderungen zusammen berufen werden;

3. die Nachrichten von der gültigen Bekanntmachung der Edictal-Citation. — Es müssen nämlich die Zeitungsblätter, in welche die Edictal-Citation inserirt worden ist, zu den Acten geheftet werden, und ein Gleiches muss in Ansehung der öffentlichen Anschläge geschehen, welche im Originale mit Bemerkung des Datums, unter welchem sie affigirt und refigirt worden sind, zu den Acten gebracht werden müssen;

4. das über den richterlichen Versuch zur Güte oder zum Nachlasse *in termino liquidationis* abgehaltene Protocoll, und wenn dieser fruchtlos abgelaufen ist,

5. das *Decretum de aperiundo concursu*, nebst der Nachricht, dass zur Liquidation der Forderungen in den einzelnen Acten-Bänden geschritten worden ist;

6. die Ansetzung des ***Contradictor*** und ***Curator bonorum;***

7. alle Verhandlungen, welche das schuldnerische Vermögen betreffen, und wohin vorzüglich die Veräusserung desselben gehört, daher die Auctions- und Subhastations-Protocolle auch in dem *Vol. act. gener.* ihren Platz finden.

Wenn der Schuldner das *Beneficium cessionis bonorum* ergriffen hat und die Gläubiger ihn dazu nicht lassen wollen, oder sich auch derselbe auf das *Beneficium competentiae generale* berufen hat, so gehören alle Verhandlungen darüber mit zu dem allgemeinen Acten-Bande. Wenn hingegen das *Beneficium competentiae speciale* gegen den einen oder den andern Gläubiger gebraucht worden ist, so gehört solches zu den besondern Acten-Bänden.

Die *Volumina specialia* der Concurs-Acten müssen enthalten:

1. Die Liquidationen der einzelnen Gläubiger und das über die liquidirten Forderungen eröffnete Verfahren. — So viele Gläubiger vorhanden sind, so viele besondere *Volumina actorum* müssen angelegt werden. Jedes einzelne Volumen wird besonders rubricirt und signirt, und besteht aus dem *Protocollo liquidationis* und dem demselben hinzu gefügten Bescheide über die Richtigkeit der Forderungen, ingleichen aus den folgenden Verhandlungen und dem Endurtheile, wenn entweder von Seiten des Gläubigers oder des Contradictors ein Rechtsmittel wider den Bescheid eingewendet werden sollte;

2. die Vindicationen, Interventionen und Separations-Gesuche, wenn diese etwa bey einem Concurs-Wesen vorkommen sollten;

3. das Prioritäts-Verfahren, die Locations-Sentenz, den Distributions-Bescheid und die darauf erfolgte Vertheilung der Concurs-Masse nebst den darüber ausgestellten Quittungen;

4. die gegen die Locations-Sentenz etwa eingewandten Rechtsmittel. Ueber jedes Rechtsmittel und das dadurch veranlasste Verfahren muss ein besonderer Acten-Band angelegt werden.

Bey irgend einem bedeutenden Concurse muss bey Formirung der Concurs-Acten von dem Concurs-Richter, um alle Verwirrung zu verhüten, nach diesen Grundsätzen verfahren werden. Zu dem generellen Acten-Bande ist ein Verzeichniss hinzu zu fügen, welches sich auf die besondern Acten-Bände bezieht, und in welchem von jedem Acten-Bande Nachricht gegeben und dessen Inhalt summarisch angezeigt wird.

Ich habe oben bemerkt, daſs über jede Liquidation eines Gläubigers ein beſonderer Acten-Band angelegt werden müſſe. Es kann jedoch auch ein einziges allgemeines Liquidations-Protocoll angefertigt und zu dem *Vol. act. gener.* gelegt werden, wo aber alsdann die gegen die Beſcheide eingewandten Rechtsmittel in beſondern Acten-Bänden verhandelt werden müſſen.

Dieſe letztere Methode iſt vorzüglich alsdann zu empfehlen, wenn das Concurs-Weſen nicht von groſsem Umfange iſt und die Ausführung der Forderungen ohne viele Weitläuftigkeiten geſchehen kann. Nur muſs auch in ſolchem Falle über jede Forderung beſonders erkannt, und nicht das Ganze in ein Endurtheil am Schluſſe des Liquidations-Protocolls zuſammen gefaſst werden. — Bey jedem Beſcheide iſt, wenn dagegen ein Rechtsmittel eingewendet werden ſollte, dieſes zu bemerken und zugleich das Acten-Faſcikel anzuführen, worin die Ausführung dieſes Rechtsmittels anzutreffen iſt.

REGISTER.

A.

Abarbeitung der Schuld fand Statt, wenn der Schuldner gar kein Vermögen hatte 98

Absolut-privilegirte Gläubiger, Begriff und Vorrechte derselben 183 u. 597

Absonderung, Rechtswohlthat; siehe Separationis Beneficium.

Addictio in Foro 66

Addiction des Schuldners 484

Addictus 36

Aerzte, ob und in wie fern sie zu den absolut-privilegirten Gläubigern gehören 597

Arztlohn für die letzte Krankheit des Schuldners 600

Alienatio in fraudem creditorum; *a.* nach dem römischen Rechte 385. *b.* nach den Gesetzen des Mittelalters 491. *c.* nach heutigen Rechten 491

Allodial-Vermögen des Vasallen können nur die Gläubiger in Anspruch nehmen 510

Anfang des Concurses; *a.* im Allgemeinen 675. *b.* mit Hinsicht auf die Disposition des Schuldners über sein Vermögen 677

Anfang des Schuldenwesens 478, 519, 582

Angabe an Zahlungsstatt; siehe Datio in Solut.

Angabe der Forderungen, wie diese geschehen müsse 526

Ankauf einer unbeweglichen Sache, welches Recht dieser dem Gläubiger begründe 617

Anstandsbriefe; siehe Moratorium.

Anziehende Kraft, (Vis attractiva,) 720, 737 bis 743

Appellation 742

Arbeitslohn, in welche Classe der Gläubiger dieses gehöre 640

Argentarii 216

Auszeichnung des Schuldenwesens bey den Völkern der alten Welt 81

August höchst wahrscheinlicher Urheber des Gesetzes von der Cessio bonorum 118

Ausgelassene Güter beim Concurse; *a.* Inbegriff derselben 540. *b.* Rechte des präcludirten Gläubigers an selbigen 541

Auswärtige Gläubiger müssen nach den Rechten des Concurs-Gerichts beurtheilt werden 594

B.

Bande, womit der Schuldner belegt werden konnte 33

Bankerotteurs; siehe muthwillige Schuldner.

Befriedigung der Gläubiger, wie diese beym Concurse geschehen müsse 592, 640

Bekannte Gläubiger, ob auch diese von der präclusivischen Ladung Nachtheil zu befürchten haben 530

Beköstigung des Schuldners im Arreste nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen 35

Beneficium Competentiae; *a.* Ursprung 160. *b.* Begriff 159. *c.* Beschaffenheit desselben 160. *aa.* nach dem Röm. Rechte 161. *bb.* nach dem heutigen Rechte 506. *cc.* ex proprio und tertii iure 507. *dd.* wird auch mit dem Namen: Interventions-Recht, belegt 511

Beneficium ejurationis; siehe Ejurationis.
Beneficium flebile heisst in den Gesetzen die Cessio bonorum 134
Beneficium separationis, siehe Separationis.
Beschwerden des Volks über die Behandlung der Schuldner 72. *a.* bewirkten beim Servilius das Versprechen, keine sclavische Behandlung der Schuldner ohne Bewilligung des Senats mehr Statt finden zu lassen 71. *b.* neue, über die Misshandlungen der Schuldner arteten endlich in Empörungen aus 76
Bestrafung böser Schuldner 75
Bevorstehen des Concurses 672
Bochoris, König der Aegyptier, verwandelte die gewöhnliche Sclaverei der Schuldner in eine minder drückende 3
Bona materna und materni generis 236
Bonorum emtor 94
Braut, hat ein privilegirtes Pfandrecht in der zweiten Classe wegen der voraus bezahlten Dos 617, 245
Brautschatz; siehe Dos.
Bürgen können auch nach der Präclusion vom Gläubiger in Anspruch genommen werden 535

C.

Causae cognitio über die Forderung ging immer der Immissio voraus 274
Causae connexae 274
Causae personalissimae, Begriff und Rechte derselben beim Concurse 527
Caution der Schuldner bei Nachsuchung des Moratorii; *a.* nach römischem Rechte 165. *b.* nach heutigem Rechte ebend.
Cessio bonorum; *a.* wurde durch ein eignes Gesetz eingeführt 117. *b.* verbot dem Gläubiger, den Schuldner einzusperren 86. *c.* und jeden neuen Erwerb desselben in Anspruch zu nehmen 123. *d.* welche Sachen darunter begriffen waren 129. *e.* suspendirte die Eigenthumsrechte des Schuldners über sein Vermögen 132. *f.* bewirkte nicht gänzliche Aufhebung der Verbindlichkeit des Schuldners 125. *g.* hat ihre Wirkung in Ansehung aller gegenwärtigen Gläubiger des Schuldners 133. *h.* darf muthwilligen Bankerutteurs nicht gestattet werden 516. *i.* erstreckt sich nicht auf Lehn- u. Fideicommiss-Güter 516
Chirographarische Gläubiger 314
Classification der Gläubiger geschieht nach den in foro concursus geltenden Rechten 594
Clientelar-Verbindung bewirkte Unterstützung des Schuldners 66
Comitium 41
Compensation; *a.* in welchen Fällen sich die Concurs-Gläubiger solcher bedienen können. *b.* deren gesetzliche Erfordernisse und Einschränkungen 685 u. f.
Compensation der Schulden, ob und in wie fern diese von der Verbindlichkeit zum Nachlasse befreye 564
Competentiae Beneficium, siehe Beneficium.
Concursus creditorum; Begriff 497. dessen Formirung 518. über das Vermögen einer moralischen Person 509. Eröffnung desselben 489
Concurs; *a.* allgemeiner und besonderer 768. *b.* formeller und materieller 489. *c.* suspendirt alle Rechtsmittel 682
Concurs-Gericht; *a.* welches als das competente anzusehen ist 717. *b.* dessen Pflichten und Gerechtsamen 720
Concurs-Gläubiger wenn sie diese Benennung erhalten 769
Concurs-Masse 538
Concurs-Kosten; *a.* welche darunter im doppelten Sinne begriffen werden 649. *b.* sind ökonomische oder des Concurs-Prozesses 650. *c.* Bestimmung der erstern 650. der letztern 653. *d.* wem die Verbindlichkeit obliege, selbige zu bezahlen 662.

e. können während des Concurs-Prozesses aus der Schuldenmasse genommen werden 665. f. Vorzug derselben 667
Concurs-Prozess 583
Concurs-Wesen, Zweck und Absicht desselben 734
Connexität der Gläubiger, in wie fern diese durch den Concurs hervor gebracht wird 731
Contradictor; a. dessen Geschäfte beym Schuldenwesen nach neuerm Römischen Rechte 478 u. f. b. dessen Geschäfte und Eigenschaften nach heutigem Rechte 495, 581
Corporationen, (geistliche,) geniessen das Interventions-Recht 509
Creditores hereditarii 325
Creditores massae, Begriff und Vorzüge derselben 591
Creditores reales, personales, hypothecarii, pignoratitii, hypothecarii simplices, privilegiati, absolute privilegiati, chirographarii privilegiati, simpliciter tales, Begriff aller dieser Benennungen 183 u. 184
Creditum ad emendam militiam 619
Curator bonorum, (Gütervertreter,) 579. a. nach Römischem Rechte 163. b. nach heutigem Rechte 671, 496

D.

Datio in solutum, (Angabe an Zahlungsstatt,) 28. a. nach Römischem 151. b. heutigem Rechte 501
Debita privilegiata rat. moratorii 502
Debitum primipilare 221
Deiche, was zum Deichbaue creditirt worden ist, begründet einen Vorzug der Forderungen an dem deichpflichtigen Vermögen vor allen übrigen 614
Depositum; a. ob es dem Deponenten ein Vorzugsrecht begründe 315. b. regulare, nimmt den ersten Platz nach dem Fiscus ein 319
Dienstboten, denen wegen ihres Liedlohns Zinsen versprochen worden sind, welchen Platz sie unter den Concurs-Gläubigern einnehmen 640
Disposition über sein Vermögen erhielt der Schuldner bey den Römern nach geendigtem Schuldenwesen wieder 483. wann er selbige nach heutigem Rechte verliert 676
Distributions-Bescheid; a. Begriff desselben, b. geht der Locations-Sentenz vorauf, c. leidet keine Einwendung eines Rechtsmittels 643
Dos, deren Rechte u. Privilegien 214 u. 245
Dotal-Gut der Frau kann von Gläubigern nicht unbedingt in Anspruch genommen werden 510
Dritte Classe der Gläubiger, wie diese beym Concurse zu bestimmen 619

E.

Edictal-Citation, a. deren Form und übrige Eigenschaften 519 f. b. ob diese die Litispendenz in einem auswärtigen Gerichte turbiren könne 737
Ehefrau geniesst a. ein privilegirtes Pfandrecht in der zweyten Classe in Ansehung ihres eingebrachten Heurathsguts 617. b. ihr wurde eine stillschweigende Hypothek an den Dotal-Gütern selbst 239, c. das Ius vindicandi vom Justinian 241, d. ein allgemeines stillschweigendes Unterpfandsrecht an dem Vermögen des Mannes wegen dereinstiger Restitution des Brautschatzes ertheilt 243
Ehemänner erhielten ein allgemeines stillschweigendes Unterpfandsrecht an den Gütern desjenigen, der ihnen einen Brautschatz versprochen hatte 242
Ehrlosigkeit wurde zuerst vom Solon auf den muthwilligen Bankerutt gesetzt 15

Eid, ob dieser den Gläubiger von der Verbindlichkeit, dem Nachlasse beyzutreten, befreyen könne 562
Eiurationis beneficium 111
Ende des Concurses 670
Entsetzung, (Exmissio,) des Schuldners aus seinem Vermögen 517
Erbegeld; *a.* Begriff und Zweck 609. *b.* Ordnung desselben beym Concurse 614
Erbschaften, (ipso iure erworbene,) gehören zu den unvollkommenen Erwerbungen 378
Eröffnung des Concurses 489
Erste Classe der Gläubiger; welche dahin in Hinsicht der Befriedigung beym Concurse zu rechnen 596
Erstigkeit der Zeit; *a.* bestimmte nach älterm Röm. Rechte den Vorzug der Hypotheken 624. *b.* nach heutigem Rechte der hypothekarischen schlechten Gläubiger beym Concurse 634
Erwerbung des schuldnerischen Vermögens auf rechtlichem Wege war auch ein Modus acquirendi universalis 95
Erziehungsrecht der Kinder giebt dem Vater das Interventions - Recht in Hinsicht des Ususfructus in den Adventiz - Gütern derselben 510

F.

Faustpfand bey den Römern gab dem Gläubiger hinlängliche Sicherheit 180
Faustpfands - Gläubiger sind verpflichtet, sich bey ausbrechend. Concurse zu melden 530
Fiscus; *a.* hatte schon bey den Römern eine stillschweigende Hypothek wegen rückständiger Steuern und Abgaben 202. *b.* hat ein Vorzugsrecht vor allen chirographarischen Gläubigern 314. *c.* welchen Platz er unter den Gläubigern beym Concurse wegen der rückständigen Strafgelder einnehme 640. *d.* ist befugt, die Nichterwerbung des Schuldners vor geschehener Cession oder Immission zu revociren 475. *e.* wegen welcher rückständigen Steuern und Abgaben ihm das Vorzugsrecht in der ersten Classe zustehe 606. *f.* hat ein privilegirtes Pfandrecht in der zweyten Classe wegen der Forderungen aus einem Contracte, in so weit die nach dem Contracte erworbenen Güter zureichen 617
Förmliche Addiction des Schuldners scheint vor den Zeiten der Zwölf - Tafel - Gesetze nicht nothwendig gewesen zu seyn 65
Förmlichkeiten, (prozessualische,) blieben von dem ganzen Römischen Schuldenwesen entfernt 484
Forderungen, (mehrere;) *a.* welche von diesen durch die Compensation für getilgt angenommen werden müsse 699. *b.* Vorzüge derselben; siehe Vorzug.
Forum competens; *a.* wie dieses beym Concurse zu bestimmen 716. *b.* welches als das competente bey der Wiedereinsetzung der präcludirten Gläubiger anzusehen 557
— continentiae causarum, wodurch dieses begründet werde 730
— domicilii des Schuldners; siehe Concurs - Gericht.
Frist für den Schuldner, mit dem Gläubiger ein Abkommen zu treffen, wurde vom Prätor nach dem Verhältnisse der Schuldforderung bestimmt 40
Fristen bey Edictal - Citationen, wie diese zu bestimmen 525
Früchte; *a.* vermittelst persönlicher Rechte vom Schuldner erworbene, konnten sich bey den Römern die Gläubiger zueignen 713. *b.* von Lehn - und Fideicommiss - Gütern darf noch der Gläubiger zu seiner Befriedigung verwenden 714. *c.* des Brautschatzes, in wie fern der Frau das Interventions - Recht zustehe 514

G.

Gebung an Zahlungsstatt; s. Datio in solutum.

Gemeinheiten, (öffentliche,) welches Privilegium ihnen unter den Gläubigern beym Concurse heutiges Tages zustehe 638

Gemeinschaft der Gläubiger 681

Gemeinschuldner; *a.* wenn er diesen Nahmen erhält 769. *b.* dessen mehrfache Benennung ebend. *c.* Ursprung der verschiedenen Benennungen ebend.

Genucia, (Lex,) verbot das Anleihen auf Zinsen 106

Gläubiger bey den Römern; *a.* konnte den Schuldner nach ergangener Sentenz des Prätors in sichere Verwahrung bringen 32. *b.* mußte sich die rechtliche Entwährung gefallen lassen 32. *c.* hatte nach geendigtem Schuldenwesen eine neue Missio nöthig, um den künftigen Erwerb des Schuldners in Anspruch zu nehmen 483.

Gläubiger, (mehrere;) *a.* mußten pro rata aus der Person und dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden 74. *b.* deren Mehrheit wurde nach Römischem Rechte auf verschiedene Art bestimmt 284. *c.* Verhältniß derselben unter und gegen einander 278. gegen einen Dritten 279. *d.* immittirte hatten mit dem Inhaber eines Faustpfandes fast gleiche Rechte 282. Ordnung und Befriedigung derselben bey einem neu-Römischen Schuldenwesen 296

Gläubiger; *a.* hypothekarische, schlechte, in welcher Ordnung diese beym Concurse zu befriedigen 633. *b.* privilegirte chirographarische; Begriff und Art der Befriedigung derselben 637. *c.* wie deren Recht an der Person des Schuldners zu beurtheilen 500. *d.* ob sie sich dem nothwendigen Nachlasse entziehen dürfen 562

Gläubiger, (bekannte und neue,) ob auch diese von der präclusivischen Ladung Nachtheil zu befürchten haben 530, 532

Gläubiger; *a.* deren Forderungen vor dem Ausbruche des Concurses entstanden, in welcher Ordnung diese zu befriedigen 640. *b.* denen der Schuldner nach Ausbruch des Concurses etwas schuld. geworden war 641. *c.* sind noch gegenwärtig verbunden, alle Verfügungen des Schuldners anzuerkennen, die er vor dem Ausbruche des Concurses machte 708. *d.* die im Zahlungs-Termine nicht erscheinen, wie es mit der Entgegennahme des an sie fallenden Antheils zu halten 643. *e.* sind befugt, den Nutzen von den persönlichen Rechten des Schuldners sich zuzueignen 713. *f.* wie deren Majorität, welche für und wider die Ertheilung des Moratorii sind, zu beurtheilen 158

Glücksumstände, (verbesserte,) des Schuldners, ob diese den geschehenen Nachlaß entkräften 575

Gütervertreter, (Curator bonorum;) *a.* war die Hauptperson beym Römischen Schuldenwesen 482. *b.* und nach eingeführtem Justinianeischen Rechte in Deutschland ein bloßer Verwalter des schuldnerischen Vermögens 496. *c.* handelt im Nahmen des Schuldners gegen den Gläubiger 691

H.

Handwerkslohn, ob dieses auch zum Liedlohne könne gerechnet werden, und ihm dessen Vorzugsrecht beym Concurse zustehe 603

Haussohn hat nach den Gesetzen die Rechtswohlthat der Competenz wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, wenn er nach beendigter väterlicher Gewalt von den Gläubigern ausgeklagt wird 167

Hypothek, (öffentliche;) *a.* Begriff derselben nach Röm. und nach heutigem Rechte 623. *b.* verschiedene Arten derselben nach heutigem Rechte 626. *c.* deren Vorzug ist nach Landesgesetzen zu bestimmen 630. *d.* wie bey deren Ermangelung selbiger zu bestimmen 630

Hypothek, (stillschweigende,) wem sie zuständig 233, 237

I.

Inhibition des Concurs-Richters; *a.* ob diese in Ansehung der Litispendenz an einem auswärtigen Gerichte kräftig sey 735. *b.* von wem sie eigentlich mit Nachdruck geschehen könne 737

Instructus muliebris hat die Privilegien des Brautschatzes 618

Instrumenta publica, Begriff und Unterschied derselben von Instrumentis privatis 309

Instrumenta quasi publica, welche darunter zu verstehen 309

Instrumenta, eigenhändig unterschriebene, werden als quasi publica betrachtet 308

Interdictum fraudatorium, ein prätorianisches Rechtsmittel; *a.* Begriff 387. *b.* Anwendbarkeit desselben 648

Intervention der Gläubiger kann nur bey einem auswärtigen Gerichte die Remission bewirken 740

Interventions-Recht; *a.* Begriff 507. *b.* Anwendbarkeit und Zweck desselben 508. *c.* schränkt das Recht der Gläubiger über Salarien u. Einkünfte des Schuldners ein 714

Iusti dies 25

Ius vindicandi verstattete Justinian den Ehefrauen nach aufgehobener Ehe an ihren zugebrachten Dotal-Sachen 241

K.

Kaufleute, welchen Platz diese unter den Gläubigern des Schuldners beym Concurse wegen creditirter Waaren einnehmen 640

Kinder geniessen *a.* verschiedene Privilegien bey eingetretenem Concurse; (siehe Hypothek.) *b.* in wie fern sie das Interventions-Recht geniessen 514

Kirche, wie weit sich deren Interventions-Recht erstrecke 514

Kosten der letzten Krankheit des Schuldners 601

Kosten, welche nicht zu den Concurs-Kosten gerechnet werden können 669 u. f.

Kriegs-Fiscus hat ein privilegirtes Pfandrecht in der zweyten Classe wegen der Primipilar-Schuld 617

Kriegs-Casse; siehe Kriegs-Fiscus.

L.

Landstädte, unter welche privilegirte Gläubiger diese heutiges Tages zu setzen 638

Laudemien-Gelder, (rückständige,) welches Recht ihnen beym Concurse zustehe 607

Lehnsfrüchte können nicht sämmtlich von den Gläubigern in Anspruch genommen werden 509

Leibeigner seines Gläubigers konnte bey den ältern Deutschen der Schuldner, aber nicht dessen Sclave werden 486

Leichenkosten; *a.* sind privilegirt vor allen Forderungen der Gläubiger 185, 596. *b.* welche dahin gerechnet werden 596. *c.* welche jemand ausgelegt hat 597

Libelli persecutorii 147

Libra farris 36

Liedlohn; *a.* Begriff und Vorzugsrecht beym Concurse 602. *b.* was dahin gerechnet werden muss 605

Liquidations-Termin 576

Litispendenz einer Rechtssache kann auf keine Weise durch den Concurs gestört werden 737

Litterae quinquennales; siehe Moratorien.

Locations-Sentenz 641

M.

Magister 99

Mala fides, wann diese bey dem Erwerber des schuldnerischen Vermögens zu vermuthen 415

Mala fide unternommene Verringerung des verschuldeten Vermögens, was für rechtliche Folgen diese nach sich ziehe 384

Manifestations-Eid; s. Offenbarungseid.

Missio in possessionem 260. *a.* war überall nur dann nöthig, wenn keine freywillige

Abtretung des Vermögens geschah 262. *b.* war in der Regel mit der wirklichen Besitznehmung verbunden 264. *c.* war nur auf gewisses Vermögen eingeschränkt 264. hatte verschiedene Wirkungen und Folgen 266. wurde mit ihren Rechten in den Gesetzen immer auf chirographarische Gläubiger eingeschränkt 273. war nach neuem Römischen Rechte von doppelter Art 478

Moratorium, (Beneficium moratorii;) *a.* Ursprung 151. *b.* Begriff 153. *c.* Beschaffenheit desselben nach dem Römischen 154. *d.* nach dem heutigen Rechte 501. *e.* kann auf rückständige, nicht aber künftige Zinsen ausgedehnt werden 506. *f.* suspendirt die rechtskräftige Sentenz 570. wird selten über 5 Jahre ausgedehnt 504. Erfordernisse zu selbigem 154, 155. Befugniss, selbiges zu ertheilen; wem diese zustehe 154, 504. ist ein ganz persönliches Privilegium, auf welches der Erbe keinen Anspruch machen kann 173

Muthwillige Schuldner, deren Strafe 15. wurden bey den Römern noch in neuern Zeiten mit Gefängniss bestraft 486

N.

Nachlass, (nothwendiger;) *a.* wann diesen der Richter veranlassen dürfe 560. *b.* ob er noch nach der Locations - Sentenz versucht werden könne 568. *c.* Wirkungen desselben kommen auch dem Bürgen zu Statten 292

Nachlassvertrag, (Pactum remissorium,) unter den Gläubigern; *a.* Begriff desselben 283. *b.* wann und von wem dieser müsse versucht werden 558. *c.* Entstehungsgrund und Anwendbarkeit desselben 559. *d.* Unterschied des freywilligen vom nothwendigen 572. *e.* Zweck und fernere Ausbildung desselben 499

Nachlass, (uneigentlicher,) 646

Nachsicht, (erzwungene,) 157

Nervus und Compedes 33

Nexi und Vincti 93

Nichterwerbung des Schuldners; *a.* ist von einer dreyfachen Beschaffenheit 468. *b.* kann vom Fiscus vor geschehener Cession oder Immission revocirt werden 475. *c.* wann selbige durch die Paulianische Klage könne umgestossen werden 474

Nundinae 41

O.

Obereigenthum, welches Vorzugsrecht dieses beym Concurse begründe 608

Oberrichter; *a.* ob er die Litispendenz einer Rechtssache bey einem fremden Gerichte turbiren dürfe 737. *b.* dessen Verhältniss zum Concurs - Gerichte 744

Offenbarungseid; *a.* von welchen Personen dieser könne gefordert werden; *b.* gesetzliche Verpflichtung zu selbigem; *c.* Zweck desselben 518

Ordnung der Gläubiger, wie diese zu bestimmen 590

Ordnung und Befriedigung der Gläubiger bey einem neu - Römischen Schuldenwesen 296

Original - Urkunden, wann diese auszuliefern 643

P.

Pachter, ob dieser bey entstandenem Concurse über das Vermögen des Verpachters das rückständige Pachtgeld mit den Vorstandsgeldern zu compensiren befugt sey 695

Pactum fiduciae war bey den Römern unzertrennlich mit dem Pfandrechte an beweglichen Sachen verbunden 18

Patron, dessen Frau, Kinder und Aeltern geniessen die Rechtswohlthat der Competenz gegen die Freygelassenen, wenn sie von diesen gerichtlich besprochen werden 163

Paulianische Klage, (Actio Pauliana;) *a.* Begriff 408. *b.* Ursprung derselben 388.

c. gesetzliche Erfordernisse zu selbiger 410. d. kann directa und utilis seyn. e. Anwendbarkeit beyder 420. f. eigentlicher Zweck derselben 422. g. wann sie angestellt, und was bey ihr zum Grunde gelegt werden muss 647, 648

Persönliche Rechte des Schuldners dürfen nicht von den Gläubigern ausgeübt werden 713

Persönlichkeit des Schuldners; a. hörte bey den Römern auf im dritten Termine, in dem er in Ansehung seines Gläubigers zur Sache wurde 60. b. wurde hergestellt ohne Manumission nach Bezahlung der Schuld 69

Personal - Arrest des Schuldners nach ergangener Sentenz; a. war kein blosses Zwangs-, sondern auch Sicherungsmittel 34. b. sicherte den Gläubiger gegen andere ihm nachtheilige Verfügungen 35. c. war bey den ältern Deutschen als ein blosses Mittel, die Bezahlung zu bewirken, angeordnet 490

Petillia Papiria, (Lex,) de obaeratis; a. Inhalt 80 und 85. b. Ursprung 84. Zeitalter derselben 84. Ist die Grundlage des ganzen spätern Schuldverfahrens in neuern Zeiten 89. hob die Sclaverey der Schuldner auf 91, 93

Pfandgläubiger, (privilegirte,) welche a. dahin zu rechnen 297. u. f. b. deren Vorzugsrecht beym Concurse 616 u. f.

Pfandrecht, gesetzliches, wem solches zustehe 627 u. Not. b

Pfandrecht, (stillschweigendes,) 203 f.

Pignora quasi publica, Begriff derselben 310

Poena quadrupli wurde von den Zwölf-Tafel-Gesetzen auf die Uebertretung des gesetzmässigen Zinsfusses gesetzt 77

Präclusion, (eigentliche;) a. Begriff u. Art derselb. 522. b. Erfordernisse zu selbiger 523. c. Wirkung derselben 533. d. durch welche Rechtsmittel diese abzuwenden 538. e. fand bey den Römern nicht Statt 483

Präclusion, (uneigentliche;) a. Begriff 644. b. Wirkung derselben 645

Präclusiv-Ladung; a. wen diese verbinde 526. b. Wirkung derselben 528

Praedia urbana, rustica, Begriff derselben 194

Primipilar - Schuld 220

Prioritäts-Verfahren, Begriff u. Zweck dess. 587

Prioritäts - Rechtsstreit, wie dieser könne geführt werden 657

Privat - Gefängnisse der Römer waren von den öffentlichen unterschieden 33

Privilegia der Cessio bonorum wurden bey den Römern nur auf diejenigen eingeschränkt, welche ihren Vermögensverfall durch Unglücksfälle bewiesen 141

Privilegien; a. des Schuldners und Gläubigers lassen sich bey den Griechen wenig vermuthen 14. b. welche dem Fiscus seiner Forderungen wegen zustehen, sind für persönlich zu achten 255

Privilegirtes Pfandrecht bewirkte beym neu-Römischen Schuldenwesen einen Vorzug unter hypothekarischen Gläubigern 297. Arten desselben werden aufgezählt 298

Privilegium dotis; siehe Dos.

Privilegium exigendi; a. wurde dem Brautschatze ertheilt 214. b. steht nur der Ehefrau selbst zu, nicht aber ihren Erben 256. c. den Depositariis 215. d. auch Pupillen und Minderjährigen 216

Privilegium exigendi der Pupillen und Minderjährigen geht nicht, wohl aber das der Hypothek auf die Erben über 258

Prorogatio fori, wann diese Statt finde 741

Proscriptio bonorum; a. trat an die Stelle der Addiction, und ertheilte dem Gläubiger ein Recht an allem nur möglichen Erwerbe des Schuldners 90. b. war die öffentliche Feilbietung des schuldnerischen Vermögens 94. c. zog keine Entehrung des Schuldners nach sich 103

Protestation gegen Formirung des Concurses oder gegen Einlassung in denselben im Li-

quidations - Termine, ob diese dem präcludirten Gläubiger nutze 558
Proviant - Commissarien oder Meister; siehe Kriegs - Fiscus.
Pupill hat ein privilegirtes Pfandrecht in Ansehung der mit seinem Gelde erkauften Sache 619. Siehe Privil.

Q.

Quasi - Separatio, eine Rechtswohlthat, Beneficium separationis vel quasi genannt; *a.* Röm. Begriff 346. *b.* Ursprung derselben 347. *c.* welchen Personen sie zustand 347
Quasi - Separatisten, welche dahin zu rechnen 346
Quittungen über geleistete Zahlung, wann diese auszustellen 643

R.

Rechte; *a.* der Gläubiger bey erfolgter Güterabtretung des Schuldners 127. u. f. beym Deutschen Concurs - Wesen 715. *b.* persönliche, des Schuldners, beym Concurs-Wesen nach Deutschen Rechten 713
Rechtssachen; *a.* des Concurses, wo diese zu entscheiden 739. *b.* anhängige bey einem Gerichte eines fremden Territoriums, wie es mit deren Entscheidung und Execution beym Concurse zu halten 740
Reconvention beym Concurse, in wie fern sie zulässig 741
Redemptor operis 200
Reichsstand, dessen Gerechtsamen bey einem Concurs - Gerichte 739
Repräsentation; *a.* active, der Gläubiger, verleihet ihnen beym Concurse dieselben Rechte, welche der Schuldner vorhin hatte 709. *b.* passive, ob diese alle andere persönliche Verbindlichkeiten in Hinsicht des schuldnerischen Vermögens begründe 709. *c.* ob diese Wirkung in Ansehung der dinglichen Verbindlichkeiten daraus entstehe 110
Requisitions - Schreiben, ob diesem einige Wirkung in Ansehung der Litispendenz bey einem auswärtigen Gerichte beyzumessen 737
Respublica creditrix 223
Res quasi derelicta, als solche kann das schuldnerische Vermögen nicht betrachtet werden 754
Restitutio aedium begründet *a.* ein privilegirtes Pfandrecht in Ansehung der darauf creditirten Kosten 616. *b.* das Privilegium exigendi 197. *c.* Veranlassung zur Ertheilung dieses Privilegii 197, 198
Retentions - Recht, dessen Ausübung wird durch Eintritt des Concurses behindert 684
Richter, competenter, im Concurse; *a.* bey den Römern 260. *b.* heutiges Tages 718. *c.* dessen Pflichten bey der vom Schuldner angezeigten Insolvenz 517. *d.* beym Liquidations - Termine nach fehl geschlagenem Versuche zur Güte 576

S.

Salarien; *a.* ob und in wie fern ihnen das Interventions - Recht zustehe 511. *b.* der Advocaten und Notarien, ob diese können zum Liedlohne gerechnet werden 603. *c.* diese und andere Einkünfte des Schuldners können von den Gläubigern in Anspruch genommen werden 714
Schenker geniessen die Rechtswohlthat der Competenz gegen den Schenknehmer, wenn erstere von letztern ausgeklagt werden 166
Schiffs - Erkaufung, Bewaffnung und Ausbesserung begründen ein privilegirtes Pfandrecht von der zweyten Classe 617
Schuldner; *a.* wurde bey den Römern in drey auf einander folgenden Nundinis vorgeführt 45. *b.* Zweck dieser Vorführung 45. *c.* durfte nach Ablauf des dritten Termins beym Zahlungsunvermögen verkauft werden, aber nur an Auswärtige und Fremde 62. *d.* eben dies fand auch in

Hinsicht dessen Verkaufs Statt bey den Griechen 10. *e.* das Gegentheil aber bey den Hebräern, wo er nur an Eingeborne verkauft werden durfte 10. *f.* wurde bey den Römern nach Ablauf von dreyssig Tagen Vinctus oder Nexus 72. musste nach der Addiction noch sechzig Tage Vinctus im Gewahrsam des Gläubigers bleiben, ehe letzterer sein Recht ausüben durfte 41. *g.* dessen Verhältniss zu den Gläubigern und übrigen Staatsbürgern 67. *h.* ist nach Deutschem Rechte bey Mangel hinlänglicher Befriedigung den Gläubigern noch für seine Person verpflichtet 500

Schuldner des Cridarius, ob diesem die Ausflucht der Competenz beym Concurse zu Statten komme 706

Schuldverfahren; *a.* nach neuerm Römischen 477. *b.* nach dem ältern Deutschen Rechte 486 u. f.

Schwiegervater hatte bey den Römern sich der Rechtswohlthat der Competenz zu erfreuen, wenn er vom Schwiegersohne wegen des Brautschatzes in Anspruch genommen wurde 164

Sclaverey war das Loos der Schuldner beym Zahlungsunvermögen bey den Völkern der alten Welt 17

Sectio bonorum, Ursprung, Begriff und Wirkung derselben 105

Sectio debitoris kann nicht im buchstäblichen Sinne des Worts genommen werden; Beweis für diese Meinung 53. eigentliche Erklärung dieser Wörter 56

Separationis (Beneficium); *a.* Ursprung 325. *b.* Begriff desselben 326

Separatisten, welche Kosten sie beym Concurse tragen müssen 660

Socius omnium bonorum, wie auch der certae rei, geniesst die Rechtswohlthat der Competenz 161

Soldaten, (wirklichen,) gestatten die Gesetze die Rechtswohlthat der Competenz, wenn sie Schulden halber ausgeklagt werden 166

Staat, dessen Interventions-Recht, wie weit sich dieses erstrecke 514

Stadtrechte, (Deutsche und gleichzeitige,) stimmen mit dem Sachsen- und Schwabenspiegel über das Verfahren in Schuldsachen überein 492

Statüen, welche auf den Schuldner errichtet waren, konnten bey den Römern nicht auf den Gläubiger übergehen 128

Status insolventiae, wenn dieser vorhanden 768

Stiftungen, (milde,) 509

Stückzahlung, Benef. dationis in solutum 150. muss dem Schuldner gestattet werden 501

Successor universalis wurde der bonorum Emtor in das gegenwärtige, aber nicht künftige Vermögen des Schuldners 100

Successores universales; in wie fern es die Gläubiger beym Concurse werden 679 u. f.

U.

Uebergabe zu Hand und Halfter 489

Unbewegliche verpfändete Sachen des Schuldners wurden bey den Griechen unter öffentlicher Auctorität ausgezeichnet, um der Collision mehrerer Pfandrechte an derselben Sache vorzubeugen 14

Unterpfand hob bey den Griechen alle weitere Verbindlichkeit des Schuldners auf, und schränkte die Rechte des Gläubigers bloss auf sich ein 12

Unvollkommene Erwerbung, wann diese vorhanden 378

Ususfructus, (Ius usufructuarium,) des Schuldners, eigne Rechte desselben nach dem neuern Schuldverfahren 266, 713

Utilis (Actio), in welchem Falle diese dem Gläubiger gegen den Schuldner des Schuldners zustehe 691

V.

Vectigal 203

Veräusserung des schuldnerischen Vermögens 589
Verbindlichkeit der Gläubiger, die öffentlichen und alle auf dem schuldnerischen Vermögen haftende Lasten und Abgaben abzuführen 710
Verfahren beym Concurse 583 u. f.
Verhältniss des Concurs-Gläubigers zum Concurse 679 u. f.
Verletzung über die Hälfte, ob diese die Gläubiger berechtige, den Nachlass anzufechten 575
Vermächtnisse gehören unter die unvollkommenen Erwerbungen 379
Vermiether eines Praedii urbani hatte eine gesetzliche Hypothek an den eingebrachten Sachen des Miethsmannes 191
Vermögensverringerung 380
Verpachter eines Praedii rustici hatte eine gesetzliche Hypothek an den Früchten des verpachteten Grundstücks 191
Vertheilung des schuldnerischen Vermögens beendigte *a.* bey den Römern das Schuldenwesen 483. *b.* ebenfalls nach heutigem Rechte 670
Vindicanten; *a.* Begriff und Vorrechte derselben 590. *b.* welche Kosten sie beym Concurse tragen müssen 659
Vorausklage, welche dem Bürgen gegen den Gläubiger zusteht 289
Vorkaufsrecht der Gläubiger 589
Vorladung, öffentliche; s. Edictal-Citation.
Vorstandsgelder 696
Vorzüge der Forderungen der Gläubiger 103, 178, 486
Vorzugsrecht der Gläubiger, wie dieses zu bestimmen 590

W.

Wechselgläubiger kann nach entstandenem Concurse nicht sogleich, sondern erst am Ende desselben Befriedigung fordern 680
Wechselgläubiger; *a.* sind verpflichtet, sich in den Concurs einzulassen 529. *b.* ob sie frey sind von der Verbindlichkeit, dem nothwendigen Nachlasse beyzutreten 562. *c.* welche Ordnung ihnen in Hinsicht der Befriedigung der Wechselschuld unter den Gläubigern beym Concurse zustehe 640
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; *a.* sicherte die Gläubiger nach prätorischem Rechte gegen Nachtheil aus betrüglicher Vermögensverringerung der Schuldner 385. *b.* wann dieses Rechtsmittel überhaupt, und vom präcludirten Gläubiger insbesondere könne gebraucht werden 550

Z.

Zahlung, durch Gewaltthätigkeit erzwungene, wird von den Gesetzen für ungültig erklärt 424
Zahlungsfristen wurden anfänglich *a.* vom Richter bestimmt; *b.* von den Kaisern verlängert, ja, auf zwey, drey und mehrere Jahre ausgedehnt 153. *c.* werden noch heutiges Tages eben so wie bey den Römern dem Schuldner gestattet 501
Zahlungszeit war bey den Römern sehr begünstigt 152
Zins, (Census,) rückständiger, Begriff und Ordnung desselben beym Concurse 607
Zinsen, (fällige;) *a.* geniessen mit dem Capitale gleiche Rechte 593. *b.* sind ein Zubehör des Capitals 697. *c.* können nach abgelegtem oder compensirtem Capitale mit besondern Klagen gefordert werden 698
Zwölf-Tafel-Gesetze; *a.* suchten die grausame Behandlung des Schuldners im Gefängnisse, welche vorhin Statt fand, zu verhüten 64. *b.* machten gesetzliche Bestimmungen zu Gunsten der Schuldner, um die Willkühr der Gläubiger einzuschränken und das Schicksal der erstern erträglicher zu machen 17

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

SBB013400528704

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dabelow, Christoph Christian <<von>>,

Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger

Halle 1801

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.q.205
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11704128-6